

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
ESCUELA DE DERECHO

DISERTACION PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO

**“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA N.º 030-SCN-CC
DICTADA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERIODO DE
TRANSICIÓN QUE RESUELVE LA CONSULTA DE CONSTITUCIONALIDAD DEL
ARTÍCULO 7 DE LA LEY REFORMATORIA PARA LA EQUIDAD TRIBUTARIA
DEL ECUADOR.”**

JESSIKA LARISA BENAVIDES MARTINEZ

DIRECTOR. MARCO PROAÑO DURAN

QUITO, Abril 2015

Quito, 27 de enero de 2015

Señor Doctor

Santiago Guarderas Izquierdo

Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Presente.

De mi consideración:

En atención a su Oficio por el que me designa Informante de la Disertación de Licenciatura "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA NO. 030-SCN-CC DICTADA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERIODO DE TRANSICION QUE RESUELVE LA CONSULTA DE CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 7 DE LA LEY REFORMATIVA PARA LA EQUIDAD TRIBUTARIA DEL ECUADOR" presentada por la señorita Jessika Larisa Benavides Martínez, a continuación presento el reporte respectivo:

La tesis elaborada por la Srta. Martínez aborda un tema interesante, como es el de la motivación de los dictámenes de constitucionalidad que emite la Corte Constitucional respecto de las consultas presentadas por los jueces ordinarios en caso de dudas sobre la constitucionalidad de una disposición. Específicamente, realiza este análisis respecto de la sentencia de la Corte Constitucional que resolvió la constitucionalidad condicionada del denominado afianzamiento tributario.

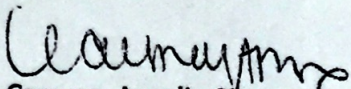
Este tema, que en su momento fue objeto de enorme polémica, ha sido discutido en diferentes trabajos doctrinarios y académicos, que han abordado la problemática desde distintas perspectivas y con enfoques y conclusiones variadas. No existía un trabajo que enfrente el tema desde la óptica de la motivación de la sentencia en cuestión. En ese sentido el trabajo es novedoso.

El trabajo identifica con claridad los vicios de los que adolece la motivación de la sentencia, que ha sido sumamente criticada por contener, a criterio de muchos, una decisión contradictoria e incluso, carente de sentido, pues termina señalando que el afianzamiento, aunque puede constituir un obstáculo para el efectivo acceso a la justicia, no lo es tal cuando se lo exige luego de calificada la demanda. Ello, pese a que en la moderna concepción del acceso a la justicia, este derecho no se circunscribe exclusivamente a la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales, sino que requiere de la atención efectiva y oportuna de las necesidades jurídicas de las partes procesales.

Si bien el trabajo tiene un buen nivel y cuenta con una adecuada investigación, en momentos no profundiza suficientemente en el análisis de la figura de la constitucionalidad condicionada, aspecto hubiese sido muy interesante dado que fue la primera sentencia de la Corte Constitucional que adoptó esta modalidad.

Por todos estos motivos, califico a la misma con la nota de NUEVE sobre DIEZ (9/10).

Atentamente,


Ab. Carmen Amalia Simone Lasso
DOCENTE DE LA UNIVERSIDAD

Quito, D.M. 9 de marzo de 2015

Doctor
Santiago Guarderas Izquierdo
DECANO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
Presente.-

De mi consideración:

Mediante oficio suscrito por la Secretaría de la Facultad se me informó que había sido designado como profesor informante de la Disertación de Abogacía intitulada **"ANÁLISIS JURÍDICO DE LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA No. 030-SCN-CC DICTADA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERIODO DE TRANSICIÓN QUE RESUELVE LA CONSULTA DE CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 7 DE LA LEY REFORMATORIA PARA LA EQUIDAD TRIBUTARIA DEL ECUADOR"**, elaborada por el señorita JESSIKA LARISA BENAVIDES MARTÍNEZ.

En consecuencia, he procedido a analizar con detenimiento el antedicho trabajo, arribando a las siguientes conclusiones:

1. El tema seleccionado es extremadamente específico y se circunscribe a una decisión constitucional sumamente cuestionable que encaja en las denominadas "sentencias modulativas". Es importante señalar que durante el desarrollo de la investigación la estudiante aborda temas que trascienden el tema planteado y que enriquecen la discusión.
2. En general el estilo con el cual ha sido redacta la investigación dificulta su lectura. Desde mi punto de vista hubiese sido adecuado el que se incluyan más subtítulos que permitan una mejor comprensión y permitan comprender la estructura del trabajo. No es poco común encontrar varias páginas seguidas sin ningún tipo de subtítulo o enumeración y que a pesar de lo dicho abordan varios temas diversos.
3. Existen varios temas que considero debieron ser abordados, pero que se lo hace con poca profundidad o en otros casos no se lo hace: a) El contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, con énfasis en el acceso a la justicia; b) Qué implica el principio de ponderación

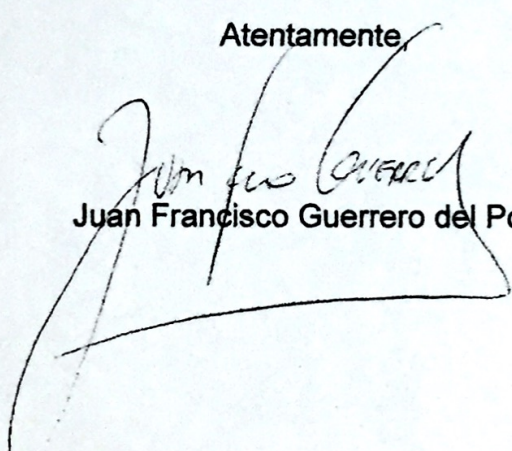
como fórmula para resolver una eventual antinomia entre principios; y,
c) El alcance del principio de proporcionalidad y su eventual aplicación en el caso objeto de estudio.

4. Algunas conclusiones a las que llega la estudiante desde mi punto de vista son erradas (como por ejemplo plantear una ejercicio de ponderación en abstracto), aunque no han influenciado en la calificación, puesto que respeto su criterio y mis discrepancias serán objeto de debate durante la defensa del trabajo.
5. La bibliografía utilizada es apropiada para la complejidad del tema abordado.

En función de lo señalado, a mi criterio el trabajo realizado viabiliza el que la señorita JESSIKA LARISA BENAVIDES MARTINEZ opte por el título de ABOGADA, otorgándole la calificación de **8/10**.

Aprovecho la oportunidad para reiterarle mis sentimientos de consideración y estima.

Atentamente,


Juan Francisco Guerrero del Pozo

15/03/13
7:54

RESUMEN

Las sentencias emitidas por la Corte Constitucional N. 030-SCN-CC que se analizara, juegan un papel muy importante dentro de lo que es seguridad jurídica, pues esta resolución proviene del máximo órgano de interpretación de la ley, es por ello que esta debe ser motivada desde los tres puntos del derecho. La falta de motivación implica sanciones administrativa, hasta incluso la nulidad de las sentencias. En este caso específico sobre la constitucionalidad condicionada del artículo 7 de la Ley Reformatoria para la equidad Tributaria Del Ecuador viola el derecho al acceso a la justicia, la gratuidad de la misma, pues al pedir un afianzamiento del 10% luego de haber calificado la demanda, y de no cumplirlo archivarlo, limita el acceso a la justicia, dejando en indefensión al peticionario, es por ello que la justificación de la aplicación de esta norma debe ser muy bien motivada, usando los mecanismos idóneos para llegar a una verdadera administración de justicia. Al analizar esta sentencia encontraremos obstáculos dentro del fondo y la forma, recurriremos a doctrina y legislación comparada, al igual que sentencias en el mismo grado Constitucional, para poder suplir los errores, y llegar a una respuesta motivada, y comprobar si cabe una constitucionalidad condicionada.

A Dios por guiarme y darme sabiduría cada día. A mi papa Marcelo por ese ejemplo de honestidad y lealtad frente a sus ideales. A mi mama Rosalba por ser la mujer más perseverante, luchadora, incondicional en mi vida. A mis hermanos y amigos por su apoyo. A mi tutor de esta disertación el Doctor Marco Proaño Durán por su entrega y compromiso en la materialización de la presente tesis. A ellos mi gratitud eterna.

Y; finalmente dedico mi disertación a todas aquellas personas que confían en la academia para que a través de sus aportes y críticas logremos llegar a la justicia soñada.

TABLA DE CONTENIDOS:

CAPITULO I

LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS A LA LUZ DEL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORANEO.....1

1.1. La validez y legitimidad de un nuevo tipo de motivación..... 6

1.2. Elementos que constituyen una sentencia motivada dentro de lo contemporáneo..... 20

CAPITULO II

Mecanismos de control de constitucionalidad de las normas jurídicas en el Ecuador.....37

2.1. Competencias y Facultades de la Corte Constitucional.42

2.2. Formas de Control Constitucional por parte de la Corte Constitucional.50

CAPITULO III

SENTENCIA N.° 030-SCN-CC QUE ABSUELVE LA CONSULTA DE CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 7 DE LA LEY REFORMATORIA PARA LA EQUITAD TRIBUTARIA DEL ECUADOR.....64

3.1. Análisis jurídico de la motivación de esta sentencia.70

3.2. Aplicabilidad de las normas y facultades que tiene la Corte Constitucional frente a dicho fallo en cuanto a su motivación.	78
3.2.1 Análisis sobre el espíritu de las normas en conflicto.	82
3.2.2 Fundamentación del fallo en base al análisis de la motivación hecha en el capítulo I.	88
3.2.3 Efectos posteriores sobre la sentencia analizada.	95
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.	100
BIBLIOGRAFIA.	104
ANEXOS.	115

INTRODUCCIÓN

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia como lo reza el Artículo primero de la Constitución, es así que la función más importante de las juezas y jueces es garantizar los derechos de las personas en todo el sentido de la palabra porque no solo es su obligación como funcionarios sino es el deber ser de la institución en sí; convirtiéndose esto en una de las mayores ambiciones de un Estado de derechos.

Al limitar el ejercicio del poder público existirá una igualdad, equidad, progreso y control mutuo dentro de los poderes del Estado; cuando existen conflictos de derechos el poder judicial es el que interviene, pues ese es su rol. El producto final que entrega el poder judicial, son las sentencias que dirimen conflictos específicos que se dan en la colectividad. Pues bien al ser el resultado de su labor las sentencias estas deben tener parámetros de control, que es la motivación, esta se encuentra plasmada en el derecho del debido proceso¹ dentro de este derecho que es muy amplio para analizar, nos limitaremos a estudiar el numeral L del artículo 76 de la Constitución, el cual en breves palabras señala que los operadores de justicia están obligados a que las resoluciones de los poderes públicos sean motivadas, es decir, que no pueden ser adoptadas de manera arbitraria o sin razonar, sino de manera sólida y fundamentada. Esto ya se reconocía en nuestra historia legislativa, pero sí resulta novedoso que conste como precepto constitucional, a partir de la Constitución de 1998, y actualmente, en el artículo 76 de la Constitución vigente.

A pesar que en la realidad, nos hemos topado casos muy críticos de resoluciones o sentencias que no han sido motivadas, que no existe una justificación, este patrón de falta de motivación se plasma en todas las instancias y recursos que han ameritado una resolución, y ahora en los fallos de carácter constitucional lo cual resulta nocivo, pues estos fallos al ser de un rango que no solo resuelve situaciones particulares, sino puede determinar la aplicación de ciertas normas, o el sentido de aplicación de estas conlleva a una gran responsabilidad, pues pone en juego la seguridad jurídica, es por ello que debe ser muy bien motivada.

¹ Artículo 76. Constitución de la República del Ecuador, publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre de 2008 pag. 24

En cuanto al caso que nos compete la sentencia N.º 030-SCN-CC, que declara la constitucionalidad condicionada del Artículo 7 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria, que limita el acceso a la justicia, existen vacíos normativos, de forma, de fondo, pues no analizan cual es el espíritu de la norma, lo que se quiere lograr, si fue una necesidad social o fue un tema emergente. No es claro cuál es el método aplicado para llegar a dicha resolución, tomando en cuenta que la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, es amplia y permite que el juez pueda brindar una mejor resolución.

CAPITULO I

LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS A LA LUZ DEL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORANEO.

“La diferencia formal entre un sistema jurídico autoritario-represivo y un sistema basado en la legalidad, reposa, esencialmente, en la circunstancia de que en el primero se recurre a expedientes autocráticos para legitimar los fallos judiciales, mientras que, en el segundo se acude a los medios técnicos que ofrece la burocracia judicial. Así, la legitimidad de una sentencia judicial depende, en grandísima medida, de cómo esta sentencia sea fundamentada”.

Minor E. Salas, ¿Qué significa fundamentar una sentencia? ¹

El sistema judicial, a diferencia de las otras funciones del Estado, no puede gozar de legitimidad popular en el sentido estricto de la palabra, es decir, que la judicatura no goza del consenso popular como sus pares que son ejecutivo y legislativo remitiéndonos a las instituciones clásicas, esto se debe a que, los miembros de esta importante función estatal, no son designados directamente por el pueblo mediante el sufragio, a diferencia de lo que ocurre con la Asamblea Nacional o la Presidencia, organismos representantes de la expresión de la voluntad del pueblo y la democracia de un sistema político.

La legitimación de los puestos y la existencia de las instituciones mismas del derecho dentro de la función judicial, solamente podrán ser legitimadas en primer lugar por su jurisdicción y competencia reconocida mediante ley, lo que se conoce como la dominación legal- racional² que trata sobre la legitimación otorgada por la ley, que es uno de los tres tipos de legitimación según Weber, lo cual lo hace un requisito formal indispensable, y en segundo lugar la legitimación materia, que se vería dilucidado mediante las sentencias y resoluciones cualitativas que denoten una efectiva tutela de los

¹ Minor E. Salas, *¿Qué significa fundamentar una sentencia?*

<http://www.uv.es/cefd/13/minor.pdf>, Acceso: 25 de septiembre de 2014, Hora: 15:00

² David. B, *Teoría de la legitimidad: Weber y Habermas*

<http://teoriaypraxis sociologica.wordpress.com/author/dhabhyz>, Acceso: 20 de Noviembre de 2014, Hora: 18:00

derechos humanos y en las que se respete las garantías procesales del proceso, así, el resultado del contingente gasto económico al cual se ve obligado el Estado para el financiamiento de los tribunales, cortes, instituciones auxiliares, y academias de derecho encuentran su razón de ser en el rol garantista de los jueces expresadas en su sentencia, en efecto “(...) *solamente si los ciudadanos advierten a sus jueces como garantes de sus derechos, advertirán también su independencia como una garantía propia*”.³

Esta legitimidad, que en derecho se la conoce comúnmente como motivación, no ha visto un mayor protagonismo desde la promulgación de la nueva Constitución en el año 2008, la cual nos introduce en un sistema político, social, económico y jurídico sometido a los derechos humanos y constitucionales, el famoso *Estado de derechos* (Art. 1 de la Constitución). Este Estado de derechos se encarga primordialmente a las juezas y jueces el deber de garantizar los derechos y libertades de las personas sometidas a su jurisdicción, dotándoles para el cumplimiento de su misión, nuevos roles protagónicos mediante la instauración de las garantías jurisdiccionales, y el control de constitucionalidad. Consecuentemente, este cambio de paradigma, obliga a que todos los procesos de creación, interpretación y aplicación de las disposiciones y normas sea hecho teniendo como principal sustento la garantía máxima de los derechos de los ciudadanos, inclusive por encima de la ley.

En el contexto de la Constitución del Ecuador, la norma que consagra el derecho al debido proceso y que garantiza la adecuada motivación de las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales es el Art.76 numeral 7 literal I) que prescribe:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

I) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de

³Para ver más a detalle la teoría de la legitimación de la jurisdicción véase Luigi Ferrajoli, *Las Fuentes de Legitimidad de la Jurisdicción*.
<http://todosobrelacorte.files.wordpress.com/2011/09/ferrajoli-legitimidad-de-la-jurisdiccic3b3n.pdf>,
Acceso: 23 de noviembre del 2014, hora: 14:20.

hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.

Por su parte, el Código Orgánico de la Función Judicial, establece como obligación legal de los juzgadores *la de motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos”.*⁴

Ambos articulados denotan la doble cualidad de motivación que forma parte del debido proceso, siendo un derecho constitucional de todo ciudadano a exigir la motivación racional de su pretensión, y por otra parte la obligación de los jueces de subsumir sus resoluciones en base a los principios y demás normas pertinentes al caso en concreto.

Se ha dicho que la obligación de expresar la lógica jurídica que subyace dentro de una resolución judicial, tiene un contexto subjetivo, constituyendo parte del derecho fundamental de los litigantes a la tutela judicial efectiva,⁵ (garantizado en el Art. 11 numeral 9 inciso tercero de la Constitución) y es que, a través de la motivación, se hace posible la fiscalización de todo proceso de interpretación y aplicación del derecho, que los órganos jurisdiccionales llevan a cabo en el desarrollo de sus funciones constitucionalmente establecidas.⁶

Así, no cabe duda de que la obligación de motivar las sentencias, radica en una exigencia entrañablemente unida a los principios que engloba el concepto *Estado de derechos*; por el cual, el Estado ecuatoriano, se construye sobre los derechos fundamentales de la persona y en el rechazo al ejercicio del poder despótico. Así en

⁴ Art. 130 del Código Orgánico de la Función Judicial,

⁵ En detalle, para una visión más específica del derecho a la tutela judicial efectiva véase la obra de la Ab. Vanesa Aguirre Guzmán, *El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos*, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2976/1/03-Aguirre.pdf>, Acceso: 23 de noviembre del 2014, hora: 14:29.

⁶ Cfr, Ciro Milione, *El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el derecho a la claridad*, http://www.acoes.es/congresoXI/pdf/M4Com-Ciro_Milione.pdf, Acceso: 25 de septiembre de 2014, Hora: 16:12.

palabras del tratadista Jorge Zabala Egas el verdadero concepto de un *Estado constitucional* radica en una superación del *Estado liberal de derecho*, diferenciándose de esta en tres elementos: 1) la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales que sean todos los enunciados dentro del bloque de constitucionalidad ecuatoriano, 2) el imperio del principio de juridicidad por el cual debe someterse toda función estatal de derecho; y, 3) la adecuación funcional de todos los poderes públicos a fin de garantizar el goce de los derechos de la libertad y la efectividad de los derechos sociales.⁷

Si bien, estos pilares podrían encontrar cierta semejanza con los postulados clásicos del Estado legalista de derecho, empero, existe una cuarta cualidad, que si constituye un verdadero aporte del *Estado constitucional de derechos y justicia*, y es la implementación de un sistema de garantías para el cumplimiento de la supremacía constitucional, el imperio de la ley, y el sometimiento del Estado a los derechos fundamentales.⁸

Así, un *Estado de derechos* es plenamente *garantista* solamente cuando maximice el grado de tutela o de protección de los bienes, principios y valores más importantes de la persona, aquellos que son expresados dentro del bloque de constitucionalidad como derechos fundamentales, siendo las garantías constitucionales el mecanismo idóneo tendiente al aseguramiento de la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales,⁹ es por ello, que en materia procesal, el Estado debe enfocarse a garantizar el derecho al debido proceso, y la exigencia de motivar sus resoluciones judiciales tal como lo demanda la propia Constitución.¹⁰ Así, la exigencia de motivación, tiene como función, no sólo buscar el acierto, sino también para el juez, que tiene el genuino propósito de demostrar cuál fue el camino recorrido, el itinerario seguido para arribar a la decisión; esta garantía de la motivación conlleva a proscribir la arbitrariedad en la medida en que las partes del proceso, los observadores externos y los controladores de la decisión pueden rastrear y reconstruir racionalmente el camino adoptado.¹¹

⁷ Cfr, Jorge Zabala Egas, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Guayaquil, EDILEX S.A., 2011, pag.108.

⁸ Cfr, Id.

⁹ Cfr, Id.

¹⁰ Cfr, Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da edición, 2012, pag. 324.

¹¹, Edgardo Villamil Portilla, *Estructura y Redacción De La Sentencia Judicial*, Editorial Trotta, Madrid España, 2ma. Edición, PAFR. S.A. 2005. pp.3

Desde cualquier arista que se pretenda mirar, la motivación en un Estado garantista de derechos, tiene como fin último legitimar la existencia propia del ordenamiento jurídico, se ha dicho que, entre una nación posea más jueces competentes y honestos, los ciudadanos confiaran en su sistema judicial, así como también, la motivación de un fallo ayuda a resolver conflictos, sino genere jurisprudencia y precedentes, convirtiendo el juez no solo en un árbitro sino en un generador de ideas progresivas para el derecho.

La exigencia de motivación supone que el juez muestre cuál es el camino (método) recorrido para arribar a una decisión entre las muchas posibles. Pues puede existir vacíos de normas, se debe analizar las pretensiones de las partes, además las pruebas que se ha aportado en la Litis, y la defensa y alegatos que presenten sus respectivos defensores deben ser tomados en cuenta y analizados. Igualmente la argumentación que hace el juez facilita un rastreo aproximado sobre cuáles fueron las motivaciones externas que se tomó en cuenta para escoger ese camino, en la mayoría de casos cuando la motivación es muy rica en doctrina y análisis de normas se puede apreciar las aspiraciones internas que llevaron al juez a elegir, por eliminación o por grados de aceptabilidad, entre las varias opciones de decisión en competencia.

En el proceso de decisión hay momentos diferentes en que se pueden construir varias alternativas, varios tipos de decisión, todo un repertorio, un elenco de decisiones probables. Igualmente puede acontecer que, en la construcción de ese conjunto de decisiones probables, haya sido destruida la mejor respuesta al problema jurídico o, que al presentar ese elenco de decisiones probables para una situación, el juez involuntariamente haya excluido del conjunto la decisión acertada.¹²

Dentro del presente capítulo, nos introduciremos a los elementos esenciales que componen una motivación adecuada dentro de una resolución judicial, así como estableceremos los principios y garantías fundamentales a las cuales pertenece el derecho de motivación, para con ello denotar el rol garantista del juez dentro del nuevo sistema neo constitucionalista.

¹² Ibid. pp.34-38

1.1 La validez y legitimidad de un nuevo tipo de motivación.

Desde la Constitución de 1998, no le fue ajeno a la justicia ecuatoriana, la obligación de motivar las resoluciones judiciales que emanen de sus organismos, en efecto, la obligación de motivar las sentencias, no solo que legitima el rol del juez dentro del proceso sino que, logra el respeto de otros principios constitucionales tales como la seguridad jurídica y el derecho a la defensa.¹³ Así para Carla Espinosa Cueva la motivación “*permite a los justiciables conocer las razones en las que se funda la autoridad para aplicar la norma de que se trata, con el fin de asegurar una decisión prevista en la ley*”.¹⁴

Este acertado criterio, era el que se mantenía consagrado dentro de nuestra Constitución del año de 1998, la cual, inspirada en el modelo positivista, determina dentro de su Art. 24 numeral 13 que:

“(....) Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente (...).”

Si bien el precitado artículo guarda relación con su contemporáneo, la verdadera innovación que se otorga a los jueces dentro de la nueva Constitución, es la potestad de crear nuevos precedentes con el apoyo o no de normas jurídicas, unificando la integralidad del sistema jurídico, un juez puede emitir una sentencia justa, sin que esta necesariamente aplique las normas jurídicas inferiores. Esto es lo que Ramiro Ávila determina como la creatividad del juez en su nuevo Rol de garante de los derechos.¹⁵

¹³ Carla, Espinoza Cueva, *Teoría de la Motivación*, <http://aceproject.org/ero-en/regions/americas/EC/ecuador-teoria-de-las-motivacion-de-las>, Acceso: 29 de septiembre de 2014, Hora: 20:17.

¹⁴ Cfr, Id.

¹⁵ Ob. Cit, Ramiro Ávila Santamaría, *Los Derechos y sus Garantías*, pág. 250

La pregunta que surge inmediatamente es si ¿estas nuevas potestades conferidas a los jueces, podría menoscabar el derecho a la seguridad jurídica, el derecho al debido proceso, a la tutela efectiva que implícitamente en estos derechos esta la motivación, desde su concepción tradicional? Para contestar esta pregunta, es menester determinar que la jueza o juez al aplicar las normas que regulan derechos puede encontrarse con varios caminos, uno de ellos podría ser la inexistencia de norma y la deficiencia de esta, frente a ello, la jueza o juez no podría realizar una motivación *formal* en el sentido estricto porque no tiene la herramienta necesaria para una motivación normativa, es así que acudirá a subsanar el problema argumentando su decisión con doctrina, jurisprudencias, principios.

La carencia absoluta de normas jurídicas no pueden lograr subsumir la hipótesis fácticas en los presupuesto jurídicos (ley), empero, la propia Constitución determina que un juez no puede denegar el acceso a la justicia a ningún recurrente por falta de norma jurídica (Art. 11 numeral 3) este es el denominado principio de justiciabilidad o directa aplicabilidad de los derechos.

El principio de directa aplicabilidad propende a una pronta y adecuada aplicación de las normativas constitucionales por parte de los juzgadores; independientemente de la existencia de normas de menor jerarquía que desarrollaren los principios constitucionales; así pues, para la teoría neoconstitucionalista de la cual se encuentra impregnada nuestra Constitución, toda norma constitucional muy aparte de que sea esta un principio o una norma que contenga una hipótesis normativa y una consecuencia jurídica; es directamente aplicable.¹⁶

Consecuentemente, un juez puede, en base a los principios constitucionales, generar una nueva norma, un nuevo precedente, el cual no reuniría los requisitos formales de la motivación (subsunción del presupuesto factico dentro de la norma jurídica), ese es el nuevo paradigma que se da dentro del derecho de motivación, en el que una adecuada interpretación integral de la Constitución y de sus principios, constituyen la base para un razonamiento lógico y una decisión a la luz de los derechos constitucionales. Así, si bien la motivación consiste en describir las facultades de hecho que hacen aplicable la norma jurídica al caso concreto, también la motivación, vista desde

¹⁶ Ob. Cit. Ramiro Ávila Santamaría, *Los Derechos y sus Garantías ensayos críticos*, página. 75

la perspectiva constitucional, exige de parte de los juzgadores o funcionarios públicos la adecuación lógica del supuesto de derecho a la situación subjetiva del accionante.¹⁷

En definitiva, el verdadero cambio sustancial que se dio con la promulgación de la nueva Constitución, en el tema que nos atañe, se circunscribe en reformar la concepción del derecho de motivación de un razonamiento lógico y legal, a uno más integral respetando los principios constitucionales así como los instrumentos internacionales de derechos humanos, en tal sentido, el juez no solamente debe estar circunscrito a aplicar la norma legal, sino que este debe valorar la integralidad del caso y poder fundamentar su decisión siempre a la luz de los derechos constitucionales.

En relación a esta idea Zagrebelsk afirma: “El Estado constitucional no admite la ciega aplicación de un solo principio o valor constitucional. La imposición de una sola norma constitucional sin tener en consideración los demás principios constitucionales es una aplicación que rompe el sentido propio del Estado constitucional. Es más, la sola invocación de la primacía de la Constitución como criterio y justificación para determinada decisión resulta vacía de contenido. El Estado constitucional exige que la justificación de las decisiones encuentre sentido en función de los valores que, en su conjunto, sostienen el Estado constitucional. La sola invocación del criterio formal sin alusión alguna al criterio material que supone el Estado constitucional, no es más que una arbitraria consecuencia del enunciado de una alegada supremacía normativa sin atender a los valores y principios que inspiran el sistema. La aplicación de un determinado criterio invocando la sola primacía de la Constitución desatendiendo los valores constitucionales, se presenta frente a la sociedad pluralista como la implacable y arbitraria decisión obligatoria del monarca representativo del Estado absolutista o la ciega aplicación de la ley propia del juez positivista que la aplica por su solo valor formal, sin discernir sobre su contenido ni sobre la razonabilidad de su aplicación” .¹⁸

Al motivar, el juez decide cuales son las soluciones posibles, con lo cual hay un principio de decisión y una probabilidad de error por la eliminación de otras hipótesis igualmente razonables que pudieran entrar en la lista. Pero cuando el juez elija entre las

¹⁷ Jurisprudencia N° 0636-07-RA, Registro Oficial S. 164 Publicado: 06 Sep 2007 Fecha Emisión: 22 Aug 2007

¹⁸ Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 1995. pp. 14.

diversas alternativas a que el mismo ha limitado el campo, debe este fundamentar porque esta decisión fue la mejor de todas.¹⁹

Nos hemos referido brevemente en previas líneas, que la motivación, entendida como la decisión lógica y técnicamente racional en base a los presupuestos facticos y de derecho, constituye un derecho tanto para las partes que intervienen en el proceso, así como una obligación por parte del juez para conseguir la legitimidad de su posición, empero, existe una tercera arista la cual merece ser analizada, y es que, la motivación al ser un derecho reconocido inicialmente a las partes, se configura como una de las garantías fundamentales del debido proceso.²⁰ Este reconocimiento no es nuevo en nuestra historia legislativa, pero sí resulta novedoso que conste como precepto constitucional, desde la codificación de la Constitución de 1998, y actualmente, en el artículo 76 de la Constitución vigente.

Por otra parte la Corte Constitucional dentro de la sentencia No. 173-12-SEP-CC del 26 de abril del 2012 determina esa calidad de correlatividad entre el debido proceso y la falta de motivación al manifestar expresamente que:

“La noción doctrinaria de observar al debido proceso en su interdependencia con otros derechos fundamentales, así como de mecanismo de protección de otros derechos, se encuentra plasmada en el artículo 11 numeral 6 de la Constitución de la República, que expresa: Todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. (...) El cerrar la posibilidad de lograr esta protección, fruto de una indebida motivación, violenta el debido proceso y vulnera el derecho de los legitimados activos al ejercicio de la tutela judicial efectiva”.²¹

Por lo expuesto, la Corte da cuenta de la concatenación existente entre la motivación y su influencia dentro del debido proceso, empero, solamente desde la doctrina se podrá reunir un concepto integral de lo que se debe entender por el Debido

¹⁹ Ibid. pp.34-38

²⁰ Artículo 76. Constitución de la República del Ecuador, publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²¹ Corte Constitucional para el período de transición, Jurisprudencia N° 173-12-SEP-CC, Registro Oficial S. 724 Publicado: 14 Jun 2012.

Proceso, así, diremos inicialmente que, el debido proceso se configura como un marco derecho fundamental, y que a su vez, engloba una serie de garantías, que deben respetarse en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de las personas, así el Art. 8 numeral 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos se refiere al debido proceso como las garantías mínimas del procesado, en los siguientes términos:

“(…) Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (…).”²²

En el ámbito doctrinario el Debido proceso ha sido definido como: *“El conjunto de condiciones y requisitos de carácter jurídico y procesal que son necesarios para poder afectar legalmente los derechos de los gobernados”*²³ Para Devis Echandía el Debido Proceso debe ser entendido desde los parámetros de: “dotar al juez para que procure hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, protegiendo al débil que siempre es el más pobre, inmediación del Juez sobre el material probatorio y sobre los sujetos del proceso, aceleración del proceso, en cuanto sea posible dentro del sistema parcial de la escritura, el carácter dispositivo del proceso en cuanto a su iniciación y a la libertad para concluirlo por transacción o desistimiento, si las partes son incapaces son incapaces mediante licencia previa, el carácter inquisitivo en materia de pruebas, la valoración de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y mediante una adecuada motivación, y una combinación del impulso del juez de oficio y del secretario, una vez iniciado el proceso con la perención por incumplimiento de la carga de las partes de promover su trámite si aquello no cumplen oficiosamente”.²⁴

En efecto, la institución del debido proceso, se encuentra contemplado en todas las legislaciones democráticas del mundo, por lo que se ha afirmado que, el debido proceso

²² Convención Americana de Derechos Humanos, Registro Oficial 801, publicado: 06 de agosto de 1984, fecha emisión 22 de noviembre 1969.

²³ Iñaki Esparza Leibar; “El Principio del Proceso Debido”; José María Bosch Editor S.A.; Barcelona 1995; pág. 231.

²⁴ Hernando Devis Echandia, *Teoría general del proceso*. Tomo II. Editorial Universal. Buenos Aires, 1985, p. 503.

se convierte en un derecho fundamental para los ciudadanos, Por otra parte Couture, ha manifestado que el debido proceso es una verdadera “*garantía constitucional consistente en asegurar a los individuos la necesidad de ser escuchados en el proceso en que se juzga su conducta, con razonables oportunidades para la exposición y prueba de sus derechos*”.²⁵

Por lo expuesto se puede colegir que, el debido proceso se aplica para todas las materias y su finalidad es que en el proceso se garantice todos los derechos constitucionales y los instrumentos internacionales reconocidos en nuestro país. Con el reconocimiento de los derechos humanos, el derecho a tener jueces competentes, a limitar el poder público, a ser oído y a tener un proceso con todas las garantías, fomentó una evolución considerable en el concepto del debido proceso. Dejó de ser tan solo un proceso legal y pasó a convertirse en un proceso constitucional garantista y real, al cual se fueron aumentando principios, los cuales hacen más progresivo a este derecho fundamental, para concluir con una armonía y aceptación de que si no se respeta este derecho los actos no son válidos, tanto así que es de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte, aserción que la hacemos en virtud de lo establecido en el Art. 11 numeral 3 y 9 de la Carta Fundamental ecuatoriana.

Adicionalmente, se puede determinar que, el debido proceso al encontrarse prescrito dentro de la Constitución de la Republica, gozando esta de un rango constitucional, y de estricto cumplimiento en todos los ámbitos del derecho, en todos los casos y procedimientos, en consecuencia, toda persona tiene el derecho a tener un adecuado procedimiento, en respeto con los demás derechos y principios que reconocen la Constitución.²⁶

Es por ello que se dice que el debido proceso es un derecho constitucional, que obliga a sustanciar un sistema de carácter eminentemente proteccionista, donde se puede enunciar la miseria humana, las ofensas en la dignidad, las carencias manifiestas de los humillados, pobres y abandonados, los perseguidos, los ancianos. En este ámbito, el debido proceso se vislumbra como la necesidad de restaurar los derechos perdidos,

²⁵ Luis Cueva Carrión, El debido proceso, Quito, Impresión Cía. Ltda., 1era. ed., 2001, p. 62.

²⁶ Dr. Hermes Sarango Aguirre, *El Debido Proceso y El Principio de Motivación de Las Resoluciones/Sentencias Judiciales*
<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/422/1/T627-MDE-Sarango-El%20debido%20proceso%20y%20el%20principio%20de%20motivaci%C3%B3n%20de%20las%20resoluciones....pdf>, Acceso: 26 de septiembre de 2014, Hora: 10:29.

donde no se pueden aplicar conceptos del procesalismo formal, porque la necesidad de reparación es más importante que el formalismo mismo”.²⁷

Dentro del debido proceso se engloban garantías mínimas procesales, las cuales, como ya hemos detallado previamente se encuentran contenidas dentro del Art. 76 de la Constitución, sin embargo, y dada la trascendencia de cada una de ellas, es importante que se las analice brevemente, así diremos que; la primera se refiere a la aplicación de la norma o principio, es decir que, corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes, en consecuencia, no puede haber intereses de por medio, sino la obligación de garantizar los derechos constitucionales reconocidos dentro de nuestra Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

La segunda garantía es la presunción de inocencia de toda persona, y que deben ser tratados como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada; esto garantiza seguridad jurídica para el procesado, la confianza en la administración, pues el fin no es culpar a alguien para librarse de responsabilidad, sino buscar al responsable del que cometió el acto. El tercero, es la tipificación de los delitos que acoge el principio de legalidad, es decir que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. También para que se pueda juzgar debe ser una autoridad competente, que goce de jurisdicción, sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

La cuarta habla sobre la legitimidad de las pruebas, es decir que las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria. La quinta habla sobre la mínima intervención penal, señala que en caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su

²⁷ Ángel Guillermo Arias Inga, *Garantías Básicas del Derecho al Debido Proceso en la Constitución Ecuatoriana De 2008*

<http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2950/1/td4360.pdf>, Acceso: 26 de septiembre del 2014, Hora: 10:33

promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

La sexta hace alusión en que la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. Finalmente, la séptima garantía básica del debido proceso hace alusión al derecho a la defensa y como esta debe ser prevista para los operadores de justicia, dentro del cual se circunscribe el derecho a la motivación, como ya hemos anotado previamente.

Por lo expuesto, el debido proceso no es solo una formalidad dentro de los procesos judiciales, sino que las reglas que la norman son universalmente obligatorias, transformando las normas procesales en mas que un simple enunciado, sino en una verdadera garantía.²⁸ No obstante, en la práctica judicial, en múltiples ocasiones hemos sido testigos que sentencias o resoluciones no han sido motivadas o dicha motivación ha sido escasa, contradictoria o impertinente, especialmente, en las sentencias de primera y segunda instancia e incluso en casación; y ahora en los fallos de carácter constitucional lo cual resulta perjudicial, pues estos fallos al ser de un rango que no solo resuelve situaciones particulares, sino puede determinar la ampliación de ciertas normas, o el sentido de aplicación de estas.

Para ello es importante que exista una estructura que no solo conlleve a lo formal o a la forma de un sentencia, sino al verdadero sentido de una motivación, que exige nuestra Constitución, para ello el propio sistema constitucional da muchas soluciones, estructuras, definiciones sobre la motivación y propone doctrinariamente como debe ser la motivación de las sentencias delimitando el pensamiento del juez que está encaminado, progresivamente, a proteger los derechos de las personas, velando por el interés general, y siendo valorador de las circunstancias que se le presenten o que él pueda deducir según su criterio constitucional.²⁹

Una vez que se ha examinado a detenimiento el principio del debido proceso, así como las garantías constitucionalmente reconocidas y que se derivan de esta, resulta

²⁸ Jurisprudencia N° 0616-06-RA, Registro Oficial S. 215 Publicado: 20 Nov 2007 Fecha Emisión: 05 Nov 2007.

²⁹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, Editorial Trotta, Madrid España, 7ma. Edición, Lex Nova S.A., 2005. pp. 84

imperioso analizar el resultado final que se da dentro de un proceso jurisdiccional, la sentencia, y los elementos que la componen.

Para poder desarrollar el tema, comenzaremos indagando un concepto integral sobre lo que debe entenderse por sentencia, así para el tratadista colombiano José Chiovenda la sentencia es: *“el pronunciamiento sobre la demanda de fondo y más exactamente, la resolución del juez que afirma existente o inexistente la voluntad concreta de ley deducida en el pleito”*,³⁰ según Sergio Alfaro define sentencia como aquel: *“acto judicial que resuelve heterocompositivamente el litigio ya procesado, mediante la aceptación que el juez hace de alguna de las encontradas posiciones mantenidas por los antagonistas luego de evaluar los medios confirmatorios de las afirmaciones efectuadas por el actor y de la aplicación particularizada al caso de una norma jurídica que preexiste en abstracto, con carácter general”*.³¹

Dentro de nuestra legislación podemos encontrar varios conceptos de lo que es una sentencia, por ejemplo, el Art. 269 del Código de Procedimiento Civil señala que: *“Sentencia es la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio”*. Así mismo, los Arts. 273 y 274 del cuerpo adjetivo civil prescriben: *“Art. 273.- La sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre que se trabó la litis y los incidentes que, originados durante el juicio, hubieren podido reservarse, sin causar gravamen a las partes, para resolverlos en ella”*, y el Art. 274 expresa *“En las sentencias y en los autos se decidirán con claridad los puntos que fueren materia de la resolución, fundándose en la ley y en los méritos del proceso; a falta de ley, en precedentes jurisprudenciales obligatorios, y en los principios de justicia universal.”*

Con los elementos extraídos tanto desde la doctrina como del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano podremos generar un concepto integral de lo que significa una sentencia, y, empezaremos diciendo que la sentencia es un acto jurisdiccional que emana de un juez competente, la cual pone fin a un determinado proceso o a una etapa del mismo, no olvidemos que todo acto de administración de justicia es susceptible de apelación, por lo que, la resolución tiene como objetivo reconocer, modificar o extinguir una situación jurídica, ya sea de bienes o personas, reconoce derechos, determina obligaciones y conlleva a una reparación integral de la misma, estas deben estar regidas

³⁰ Cfr, José Chiovenda, Derecho Procesal Civil, México, Cárdenas Editor, 1990, p. 299

³¹ Cfr, Ángel Garrorena Morales, *La Sentencia Constitucional*, Tercera Edición, Editorial Universidad .S.R.S., Mexico, 2004, pag 12-13

por normas de derecho público, ya que es un acto emanado por una autoridad pública en nombre del Estado esta autoridad son los jueces quienes deben tener jurisdicción y competencia.

Como segundo punto, debemos centrarnos en la estructura de la sentencia, lo que la doctrina se denomina como la tripartición, así acorde con el modelo español, la sentencia esta dividida en tres partes el resultado, el considerando y la parte dispositiva, en el resultando se enmarca la narración objetiva del desarrollo del proceso, aquí es donde se individualiza la pretensión del acto y la oposición, sus principales planteamiento, así como los incidentes del proceso, por su parte en los considerandos, el segundo cuerpo de la sentencia el juez procede a explicar los motivos o razones que justificaran su decisión.³²

En la parte dispositiva, se localiza la conclusión del silogismo final, de forma simple y llana aparece el poder jurisdiccional del juez expresado en mandatos, es de destacar que, en toda sentencia debe existir un razonamiento lógico adecuado tanto de los hechos como el derecho, esto es lo que se denomina silogismo, en tal sentido, los silogismos (constituidos por la subsunción de los hechos a las normas o principios constitucionales) siempre encontrarán su resultado definitivo en la parte dispositiva de toda sentencia, así antes de ello el juez parte de los hechos, establece cuales son conducentes y cuales han sido reconocidos y probados mediante el conocimiento y la peritación de la prueba, en consecuencia si un juez emplea una correcta argumentación silogística, su sentencia contendrá una fuerte motivación y una certeza de legalidad de la resolución.³³

La doctrina ha investigado hasta la saciedad los elementos que debe contener una sentencia, sin embargo, existe unanimidad en determinar que toda sentencia, se enmarca en cinco planos que deben ser observados por todo operador de justicia, independientemente de cual sea su decisión final, al momento de redactar una resolución, así, los diferentes planos existentes dentro de una sentencia son: el plano

³² Raúl Alfredo Gómez Frutos, *Razonamiento judicial en las resoluciones judiciales*, <https://docs.google.com/document/d/1wC7NtDetHVj87En3hUZs0UXMrDO4N3vDeHQxJSNqEg/edi>, Acceso: 27 de septiembre de 2014, Hora: 11:08.

³³ Cfr, Id.

*logístico, el plano normativo, el plano fáctico, el plano lingüístico y finalmente el plano axiológico.*³⁴

Se dice que la sentencia manifiesta un plano lógico por cuanto, el juez debe expresar el resultado de su razonamiento para llegar a una conclusión mediante el silogismo, así este debe relacionar las normas jurídicas o principios constitucionales a los hechos expresados por la parte, y llegar a un resultado lógico siendo “*el silogismo una deducción del resultado, a partir de la unión de la norma con los hechos*”.³⁵ Mediante el silogismo la sentencia logra acoplar las normas del ordenamiento jurídico que deben regir al caso en concreto, así como se denotará la expresión del razonamiento que llevaría a la solución contenida dentro de la parte dispositiva.³⁶

Mientras que el plano lógico engloba el razonamiento del juez mediante el silogismo, el plano fáctico en cambio, se encarga de estudiar detenidamente los hechos a fin de deducir las consecuencias jurídicas aplicables a cada uno de ellos. Para ello en la sentencia, el juez debe hacer un resumen de los fundamentos de hecho expresados por las partes, la fecha en que avocó conocimiento, con posteridad califica cada hecho en base a las pruebas aportadas por cada parte, así como también valora los hechos descritos.³⁷

Un tercer aspecto, que no es muy estudiado al elaborar una sentencia, se da en la coherencia lingüística del texto, así el juez debe utilizar las palabras apropiadas que expresen la idea que desean transmitir, así como también utilizar palabras comunes y que puedan ser entendidas por las partes, sin que ello menosprecie la riqueza del lenguaje científico jurídico.

El plano axiológico, hace referencia a la decisión del juez, los valores jurídicos que intenta proteger o reconocer, la validez de su decisión. A modo de cierre con estos cinco planos contenidos en la sentencia se pretende determinar varios parámetros que servirán de motivación para la decisión judicial.

³⁴ Cfr, Id.

³⁵ Ob. Cit. Raúl Alfredo Gómez Frutos, *Razonamiento judicial en las resoluciones judiciales*, pág. 2

³⁶ Cfr, Id

³⁷ Cfr, Id.

Así, una adecuada redacción de la sentencia permitirá determinar si la norma o principio aplicable es el que pertenece al caso concreto (realidad discutida) y se encuentra en vigencia al momento del proceso, por otra parte el plano fáctico permitirá determinar las normas aplicables a los hechos, así como también qué hechos podrán subsumirse dentro del derecho y finalmente, la sentencia expresará mediante el silogismo, las consecuencias jurídicas de la aplicación de las normas o principios con los hechos.³⁸

Por lo que se ha aportado en líneas previas hemos de manifestar que la sentencia como resultado final del debido proceso, constituye el punto neurálgico y el más importante para las pretensiones de las partes dentro del proceso, así como también, es el instrumento idóneo para que el juez pueda motivar su resolución final, generando una lógica y certeza entre los subordinados así como los efectos que se generarán dentro de su decisión.

Si bien lo que hemos analizado en previas líneas responde al género de las sentencias, empero, existe particularidades entre las sentencias emitidas en materia jurídica manteniendo sus propios rasgos; dentro del tema que nos atañe, las sentencias constitucionales son decisiones conjuntas emitidas por un colegio de jueces, resoluciones que, por su naturaleza, poseen una dimensión política.³⁹

Para Domingo García Belaunde las sentencias constitucionales si bien son resoluciones definitivas emitidas por un órgano competente, como cualquier resolución jurisdiccional, su alcance es de carácter *erga homes*, así, las sentencias constitucionales “son tan sentencias como las obras y tienen o deben tener la misma estructura. Sin embargo, la temática de estas sentencias tiene algo especial, pues no se dirige a satisfacer un interés privado o beneficio de un grupo, sino que persigue cautelar valores que afectan directamente a los miembros de una sociedad determinada”.⁴⁰ Así al ser la Corte Constitucional un salvaguarda de la Constitución, mediante las sentencias la corte cautela, fundamentalmente dos aspectos fundamentales: los derechos fundamentales y la jerarquía normativa.⁴¹

³⁸ Cfr, Id.

³⁹ Cfr, Hernán Alejandro Olano, *Tipología de nuestras sentencias constitucionales*, http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/13Olanoult..pdf, Acceso: 27 de septiembre del 2014, Hora: 14:13.

⁴⁰ Cfr, Id.

⁴¹ Cfr, Id.

Pero, la verdadera importancia que se deriva de la expedición de las sentencias constitucionales radica en que esta, constituye una verdadera fuente de derecho, atribución reconocida dentro del Art. 436 numeral 6 de la Constitución que determina:

“Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión”.

En ese sentido, el lugar que ocupa las sentencias constitucionales dentro del nuevo esquema constitucional es de gran importancia, por cuanto exige un cabal cumplimiento de sus decisiones ante las demás funciones del estado, así el contenido de las sentencias constitucionales constituyen un nuevo tipo de fuente del derecho se deriva del lugar que ocupa la Corte Constitucional dentro del nuevo escenario social y político reconocido dentro de los procesos de reformas constitucionales que ha sufrido Latinoamérica durante el último decenio, en palabras del profesor Humberto Sierra Porto

“El fundamento de esta posición privilegiada es consecuencia de la existencia misma de la justicia constitucional: la justicia constitucional encuentra su fundamento en la cadena ininterrumpida de razonamientos lógicos que condicen de la afirmación del poder constituyente a la existencia de una Constitución y de la necesaria supremacía de esta sobre los poderes constituidos. En este sentido el Tribunal Constitucional (mediante sus decisiones, las sentencias) como garante de la Constitución frente a los demás poderes constituidos, debe estar en una posición superior al de estos, o, por lo menos, de sus decisiones”.⁴²

Consecuentemente las sentencias constitucionales gozan de mayor jerarquía que sus pares, así como también por su naturaleza siempre van a contener disposiciones de carácter erga homes abstrayéndose de los accionantes, en el mismo sentido, el deber de motivación de las sentencias constitucionales debe ser más reflexivo debido a su amplio

⁴² Humberto Sierra citado por Marco Monroy Cabra, *La interpretación constitucional*, Ediciones Librería del Profesional, 2da impresión, Bogotá, 2010 págs22-23.

alcance jurídico y político. Por tanto, las sentencias constitucionales al poseer un alto grado de jerarquía dentro de nuestra pirámide normativa, no es de extrañarse que estas, en gran diferencia de las otras sentencias jurisdiccionales, posea amplios mecanismos coercitivos para ejecutar la decisión del órgano colegiado, así se ha referido la propia Corte Constitucional dentro de su sentencia 0102-11-IS la cual manifiesta enfáticamente que:

“De esta manera, a fin de asegurar la efectiva materialización de los derechos, la Corte Constitucional, como máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en dicha materia (artículo 429 CRE), tiene, entre otras, la facultad de conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales (artículos 9, 436, numeral 9 CRE), lo cual se inscribe en la tendencia a incrementar los medios jurídicos coercitivos de los que dispone la justicia constitucional para garantizar que sus sentencias y dictámenes sean acatados”.⁴³

En conclusión, el debido proceso, constituido como un derecho exigible que tiene varios componentes que lo forman, y a la vez es una garantía constitucional tiene como fin último la expedición de una resolución que logre unificar los elementos de hechos y de derecho en un caso en concreto, esta decisión denominada como sentencia, se encuentra estructurada de forma sistemática hasta su parte dispositiva donde se funda la consecuencias jurídicas del juez, en el caso constitucional, y dado el creciente protagonismo que ha tenido las últimas décadas, esta sentencia debe poseer mayores elementos dogmáticos, constitucionales y legales ya que por su naturaleza de erga homes las decisiones emanadas por el cuerpo colegiado se convertirán en verdaderos precedentes para los jueces de otras instancias.

Ahora bien, debido a que la justicia constitucional posee sus propios sistemas jurisdiccionales, es menester estudiar las tipologías de las sentencias constitucionales y los elementos de una adecuada motivación desde la esfera de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley por parte de la Corte Constitucional, esta tipología constitucional, será analizada en el próximo apartado.

⁴³ Sentencia No. 006-12-SIS-CC, Pleno de la Corte Constitucional, R.O. 743-S, 11-VII-2012

1.2 Elementos que constituyen una sentencia motivada dentro de lo contemporáneo.

La labor que se le ha encomendado a la nueva Corte Constitucional a partir de la promulgación de la Constitución del 2008 es importante, por primera vez en la historia constitucional el Estado se reconoce a sí mismo como un Estado *constitucional de derechos y justicia*, esto significa que todo el ordenamiento jurídico y las funciones del poder público deberán someterse a los derechos constitucionales, siendo el fin último de todas las funciones públicas la protección y garantía de estas. Así lo reconoce la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su parte considerativa al señalar que:

“(…) la Constitución y los tratados internacionales, en particular la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen que el fin del Estado y de la organización social es el goce de los derechos de los seres humanos y de la naturaleza y que, para tal efecto, deben existir recursos sencillos y rápidos ante los jueces o tribunales competentes que les permitan amparar a los seres humanos y a la naturaleza frente a actos u omisiones que amenacen o violen sus derechos, y adoptar las medidas pertinentes para asegurar la reparación integral derivada de vías de hecho que vulneran dichos derechos”.⁴⁴

Esto explica porque, en teoría, los procesos constitucionales deben ser rápidos, ágiles y sin dilaciones, así como la sentencia constitucional que se emita dentro del caso en concreto debe poseer una adecuada motivación dentro de su parte resolutive, es por ello que, dentro del presente subcapítulo analizaremos como primer punto la *ratio decidendi*, los *obiter dicta* y el *decisum* que se desarrollan durante el estudio de un caso en concreto dentro de la sentencia constitucional.

Según la Corte Constitucional, en la sentencia 054-14-SEP-CC, la *obiter dicta* no se encarga de juzgar el problema de la demanda presentada en la judicatura. Son ilustraciones previas de conceptos, normas, principios, o disquisición doctrinaria, de carácter simplemente educador, no necesariamente relativas al caso o esencia para la decisión del caso. Por lo que, se puede decir que las reflexiones adelantadas por el juez

⁴⁴ Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Considerando Sexto.

que si son necesarias y relevantes para motivar su fallo, pero no necesarias para la decisión final constituyen la *obiter dicta* de una sentencia constitucional.

Por otro lado la *ratio decidendi* no ha sido tratada apropiadamente por parte de la Corte Constitucional, en el referido fallo (sentencia 054-14-SEP-CC) la Corte simplemente relata someramente a la *ratio decidendi* como aquello que no constituye la *obiter dicta*, sin embargo, con el fin de proveer un criterio más reflexivo sobre tan importante elemento de toda sentencia, hemos recurrido al derecho comparado para encontrar una definición sobre que debe entenderse por *ratio decidendi*, así la Corte Constitucional colombiana en su sentencia SU-047 de 1999 ha determinado que:

“(…) es claro que el precedente vinculante es la *ratio decidendi* del caso, ya que ese principio abstracto, que fue la base necesaria de la decisión, es el que debe ser aplicado por los jueces en otras situaciones similares. Así lo señaló con claridad en Inglaterra lord Jessel, en el caso Osborne vs Ryley de 1880, en donde precisó que la única cosa que es vinculante en una decisión judicial es el principio que sirvió de base para la decisión”⁴⁵

Por lo expuesto, se colige que la *ratio decidendi* de una sentencia es el precedente de un resultado de reflexión e investigación hecha por el juez; y, como tercer punto encontramos el *decisum* la parte más importante de la sentencia, como su nombre nos sugiere, es la resolución concreta del caso, es la respuesta final del juez, una respuesta que las partes buscan desde el inicio de la acción constitucional, si bien hemos manifestado previamente que las sentencias constitucionales poseen efectos erga homes, empero, las decisiones finales, es decir, el *decisum* solamente vinculan a las partes procesales y a terceros interesados.⁴⁶

Los tres elementos previamente descritos, constituyen la abstracción clásica de toda sentencia sea esta constitucional o no, sin embargo, la diferencia inicial que encontraremos dentro de nuestro estudio se dan a los principios fundamentales que debe poseer toda sentencia constitucional se reduce a cuatro principios esenciales que, para efectos del presente trabajo lo analizaremos a continuación:

⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia de Unificación nº 047/99 de Corte Constitucional, 29 de Enero de 1999*
<http://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43562369>, Acceso: 27 de septiembre del 2014, Hora: 19:17.

⁴⁶ Ob. Cit, Hernán Alejandro Olano, *Tipología de nuestras sentencias constitucionales*, pág. 598.

El primer principio es el denominado Principio de Congruencia por el cual, la Corte Constitucional al instante de sentenciar debe siempre diferenciar entre la demanda y el pronunciamiento, entre lo que solicita el accionado y aquello que resuelve la Corte, así esta no puede fallar dando más de lo pretendido por el accionante, ni reconocer algo distinto a lo solicitado, es decir debe respetar las fronteras iniciales propuesta por el accionante.⁴⁷ Lo manifestado se puede observar en la Sentencia No. 0006-10-SEP-CC, la cual en un correcto ejercicio determina la pretensión del recurrente en el siguiente sentido:

“Con estos antecedentes y fundamentos, se presenta la acción extraordinaria de protección a fin de que se disponga la reparación integral de sus derechos constitucionales, que se declare que carecen de eficacia jurídica las sentencias dictadas en el caso (por parte de los jueces de primera, segunda y del recurso de casación), y que los jueces ordinarios son incompetentes para conocer las controversias que surjan por el incumplimiento del Convenio del 9 de abril de 1999; que la Función Judicial se abstenga de conocer las controversias que surjan de la aplicación del referido convenio, y se declare que el arbitraje es el único procedimiento aplicable en el caso. Solicitan medidas cautelares a efecto de que no entren en etapa de ejecución las sentencias impugnadas”.⁴⁸

De conformidad a lo establecido por el propio accionante se colige que su pretensión radicaba en dejar sin efecto las sentencias emitidas por el Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, la Primera Sala de la ex Corte Superior de Pichincha y la sentencia de casación de la Segunda Sala de la ex Corte Suprema de Justicia, por cuanto estos jueces eran incompetentes por la existencia de un convenio arbitral previo, así por el principio de congruencia, los jueces deben pronunciarse sobre los hechos expuestos por las partes; en el caso en estudio la sentencia efectivamente cumple con el Principio de Congruencia ya que manifiesta que:

“Aceptar la acción extraordinaria de protección planteada por el señor Faisal Antonio Misle Zaidan, por haberse demostrado la violación de los derechos de tutela judicial efectiva y seguridad jurídica. Por lo tanto, dejar sin efecto los fallos emitidos por el Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, de fecha 9 de enero del 2006, dentro del proceso verbal sumario No. 2004-0327, por la Primera Sala de la ex Corte Superior

⁴⁷ Cfr, Id

⁴⁸ Jurisprudencia N° 0006-10-SEP-CC, Registro Oficial S. 159 publicado el 26 Marzo de 2010 fecha emisión: 24 Febrero de 2010.

de Justicia de Pichincha de fecha 13 de noviembre del 2006, dentro del proceso de apelación No. 269-06, y por la Segunda Sala de la ex Corte Suprema de Justicia de fecha 26 de mayo del 2008, dentro del proceso de casación No. 92-2007”.⁴⁹

El segundo principio, y el que constituye el punto central de este capítulo es el principio de motivación, el cual exige que toda sentencia constitucional debe ser motivada, no generando vicios de inconstitucionalidad por defecto de la competencia por ejemplo o por superar el mandato constitucional, debe existir una adecuada subsunción entre el acto o sentencia recurrida y los fundamentos constitucionales y legales que legitimen o deslegitimen el razonamiento del juez ordinario.⁵⁰ Al respecto la Sentencia No. 019-11-SEP-CC determina al Principio de Motivación como:

“La motivación, por un lado, tiene una condición preventiva, que impide consagrar arbitrariedades al imponer una motivación plena y suficiente de lo resuelto. Por eso al juez no solo le corresponde controlar que el deber legal de motivar se cumpla, como si éste fuera un requisito formal, sino le incumbe igualmente el deber de comprobar si las razones que transporta la motivación están dotadas de vigor suficiente como para desterrar la arbitrariedad”.⁵¹

Como tercer principio que debe enmarcarse dentro de las sentencias constitucionales se encuentra el principio de colegialidad, el cual nos indica que un tribunal o colegio de jueces constitucionales es el órgano encargado de remitir la decisión, es decir que debe existir una opinión compartida por parte de los miembros, evitando generar opiniones contrapuestas, aunque si puede existir votos salvados, al respecto de este principio, la propia Constitución determina en su Art. 429 el principio de colegialidad al sostener que:

“Art. 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito.

⁴⁹ Cfr, Id.

⁵⁰ Cfr, Id.

⁵¹ Jurisprudencia N° 019-11-SEP-CC, Registro Oficial S. 572 Publicado: 10 Nov 2011 Fecha Emisión: 01 de septiembre del 2011.

Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte”.

Finalmente, el cuarto principio, es el denominado principio de eficacia, mediante el cual se busca que los mecanismos jurisdiccionales sean los adecuados para cumplir sus resoluciones, esto se da por cuanto sus resoluciones al ser de carácter erga omnes, deben ser conocidas y operadas para el cabal cumplimiento de toda la sociedad.⁵² En este sentido, la Corte Constitucional, para el período de transición, en su sentencia No. 001-10-PJO-CC, ya señaló que:

“Los mecanismos de cumplimiento de sentencias, resoluciones y dictámenes constitucionales se constituyen per se en auténticas garantías jurisdiccionales de protección y reparación de derechos constitucionales, si no existieran mecanismos de cumplimiento como los señalados, de nada serviría la presencia de garantías para la protección de los derechos constitucionales”.⁵³

De allí se ha dicho que, el ejercicio de un derecho constitucional vulnerado, solamente se materializará en la medida en que los fallos dictados puedan ser cumplido de forma inmediata, integral y efectiva.

Según lo expresado, se ha concatenado los principios esenciales que debe contener toda sentencia constitucional, es decir, el fondo del contenido y alcance de cualquier sentencia deberá observar los principios de congruencia, motivación, colegialidad y eficacia, pero desde la parte formal, existe también un esquema organizado que denota las partes que deben conjugarse al momento de redactar una sentencia constitucional.

Este esquema formal, en palabras de la Dra. Rocío Aguinaga Aillón⁵⁴ comprende En un primer momento, la parte introductoria o preliminar, en efecto, toda sentencia constitucional debe poseer una parte introductoria en la que se detallen los datos y la

⁵² Cfr, Id.

⁵³ Sentencia No. 001-10-PJO-CC, caso No. 0893-09-EP, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No. 351 del 29 de diciembre de 2010. p. 7.

⁵⁴ Rocío Aguinaga Aillón, *La modulación y efectos de las sentencias sobre demandas en acciones de inconstitucionalidad*, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1121/1/T822-MDE-Aguinaga-La%20modulaci%C3%B3n%20y%20efectos%20de%20las%20sentencias.pdf>, Acceso: 28 de septiembre de 2014, Hora: 12:39.

información esencial sobre la clase de proceso constitucional que se pretende resolver, así como también constará la información general sobre las partes y la calidad en que comparecen.⁵⁵

Consiguientemente, la sentencia contendrá una sección relativa a los antecedentes, siempre y cuando estas posean relevancia constitucional, es en esta sección donde se localizan los fundamentos de hecho y de derecho alegados por el accionante, se determina la disposición legal que se pretende impugnar y las normas y derechos constitucionales que se consideran infringidos, así *“si se trata de procesos de inconstitucionalidad; los derechos fundamentales invocados como vulnerados, si se trata de acción tutelar; los alegatos del titular del órgano que emana la disposición legal impugnada, si se trata de recurso de inconstitucionalidad; el informe presentado si se trata de acción tutelar”*.⁵⁶

Debemos recalcar que, es en este punto donde también se debe realizar una breve descripción de los argumentos expresados dentro de la audiencia pública.

Una tercera parte, es la que se ha definido como la parte conclusiva, esta sección de la sentencia es donde se consignan las conclusiones a las que ha llegado la Corte Constitucional, una vez que se ha examinado y comprobado los antecedentes, documentos y demás pruebas aportadas en el expediente.⁵⁷

Dentro de las sentencias constitucionales también se encuentra una parte en la que se exponen los fundamentos jurídicos que sustentarán la decisión que adopta la Corte Constitucional, es en esta parte en la que se exponen los motivos en que se basa su convicción determinativa de que una disposición impugnada es incompatible con la Constitución, o un acto o resolución impugnados vulneran un derecho fundamental que decidirá tutelar.⁵⁸

Finalmente encontramos la parte resolutive, en la cual se encuentra detallada la decisión del Corte Constitucional, es en este momento donde se consigan los mandatos o disposiciones que se emiten con relación a la problemática planteada, así por efecto de la

⁵⁵ Cfr, Id.

⁵⁶ Ob. Cit, Rocío Aguinaga Aillón, *La modulación y efectos de las sentencias sobre demandas en acciones de inconstitucionalidad*, pág: 24.

⁵⁷ Cfr, Id.

⁵⁸ Cfr, Id.

resolución emitida por la Corte las partes quedan vinculadas mediante la respectiva notificación y sus efectos generalmente son a posteriori constituyéndose en una verdadera jurisprudencia vinculante.⁵⁹

Si bien, nuestra justicia constitucional es de reciente data, por cuanto esta resurge a partir de las reformas constitucionales de 1996, como lo analizaremos a detalle en el segundo capítulo del presente trabajo, esta peculiar situación no ha limitado la exuberante promoción y desarrollo de jurisprudencias constitucionales así como la evolución de la doctrina constitucional ecuatoriana, si bien todavía la Corte Constitucional hasta la actualidad no ha podido legitimar plenamente su papel protagónico dentro de la nueva estructura política y jurídica del estado, esto no menoscaba el hecho de que en el Ecuador el sistema jurídico ha empezado a constitucionalizarse en todas y cada una de las instituciones jurídicas del estado.⁶⁰

Es indudable dentro del nuevo sistema constitucional de derechos y justicia el rol protagónico del juez y su obligación de motivación las decisiones constitucionales. No se debe olvidar que las resoluciones en la jurisdicción constitucional, tomando en cuenta el papel que desempeñan los tribunales o cortes constitucionales revisten gran importancia, puesto que, es a través de ellas que se logra dar concreción normativa a las cláusulas abstractas de la Constitución, convirtiendo los derechos constitucionales abstractos en derechos concretos; asimismo por medio de ellas se desarrollan las normas generales de la propia Constitución, creando derecho y extrayendo innumerables normas implícitas, no expresas, contenidas en la Constitución, que sean idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política.⁶¹

De ahí que, en el constitucionalismo contemporáneo se ha cambiado la concepción clásica sobre la de la jurisdicción constitucional, que se contrapone con la visión kelseniana del clásico "legislador negativo", hoy concebida como una función "creadora

⁵⁹ Cfr, Id.

⁶⁰ Cfr, Judith Salgado Álvarez, *Límites y posibilidades emancipatorias en la jurisprudencia constitucional*, <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/CentrodeReferencia/Temasdeanálisis2/dhdemocra ciayemancipacion/judithsalgado.pdf>, Acceso: 28 de septiembre del 2014, Hora: 13:17.

⁶¹ Ob. Cit, Rocío Aguinaga Aillón, *La modulación y efectos de las sentencias sobre demandas en acciones de inconstitucionalidad*, pág: 28.

del derecho".⁶² Así las decisiones adoptadas por la jurisdicción constitucional revisten la forma y contenido jurídicos, pero claramente con un carácter político, es por ello que, en el ámbito del Derecho Procesal Constitucional, se brinde un especial cuidado y atención al estudio de las sentencias constitucionales.⁶³

Finalizaremos este apartado únicamente manifestado que, una sentencia será adecuada en el fondo cuando esta efectivamente sea fundada en un derecho congruente, es decir que la sentencia se enfoque en satisfacer adecuadamente el derecho de petición del recurrente, libre de arbitrariedades, independiente de que se reconozca o no el goce de un derecho material.⁶⁴

Una vez que hemos analizado los requisitos que deben manifestarse en las sentencias jurisdiccionales, procederemos a señalar los tipos de sentencias a los cuales aplica este tipo de motivación, obviamente refiriéndonos a sentencias de rango constitucional.

A continuación analizaremos las tipologías de las sentencias constitucionales emitidas por la Corte Constitucional.

En los inicios mismos del constitucionalismo, cuando Kelsen propuso el modelo de control de constitucionalidad concreto, a través de un órgano colegiado que actuara como un *legislador negativo*, el trabajo que se le encomendaba a los tribunales o cortes constitucionales simplemente se circunscribía a declarar si la norma enjuiciada se encontrase o no ajustada a la Constitución, así, las primeras sentencias que se emitieron fueron las denominadas sentencias *declarativas*, las cuales únicamente se limitaban a declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma recurrida.⁶⁵

Con el transcurso del tiempo se hizo notorio que el papel del juez constitucional debía sobrepasar la simple declaratoria de constitucionalidad de una norma, ya que, mediante su simple aprobación o reproche no podía garantizarse plenamente los

⁶² Ibid.pp.33-34

⁶³ Alan Vargas Lima, *Las sentencias constitucionales y su modulación en la jurisprudencia del tribunal constitucional boliviano*, La Paz-Bolivia, 1era edición, Funda, 2007. pp, 78-79

⁶⁴ Ob. Cit, Vanesa Aguirre Guzmán, *El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos*, pág. 8

⁶⁵ Cfr, Nicolás Salas Parra, *Importancia de la modulación de sentencias de control constitucional* <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2009/08/12/importancia-de-la-modulacion-de-sentencias-de-control-constitucional>, Acceso: 28 de septiembre de 2014, Hora: 15:32.

derechos constitucionales de los ciudadanos, así que este empezó a realizar interpretaciones y alcances de las normas impugnadas, con el objetivo de garantizar un derecho presuntamente o efectivamente vulnerado.⁶⁶

Debemos entender que, en materia constitucional, la sentencia, a diferencia de sus pares ordinarias, no simplemente se limita a acoger o no la demanda, es decir, que no existe sentencias constitucionales estimatorias o desestimatorias llanamente, toda vez que, al regir para futuro, y ser de carácter erga omnes, la sentencia abarca distintas características que la vuelven excepcional y peculiar; una de estas características o potestades que subyace solamente en las sentencias constitucionales es que estas pueden y generalmente son moduladas.

En ese sentido se manifiesta la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la cual, en su Art. 5 determina que:

“Las juezas y jueces, cuando ejerzan jurisdicción constitucional, regularán los efectos en el tiempo, la materia y el espacio de sus providencias para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales y la supremacía constitucional”:

Pero, ¿qué significa que una sentencia sea modulada? En palabras del tratadista Rodrigo Escobar Gil la modulación es la *“(...) actividad de adecuación realizada por el máximo juez de la constitucionalidad cuando se ve precisado ofrecer respuestas a situaciones excepcionales, cuya resolución de conformidad con los cánones tradicionales y de uso más habitual daría lugar a resultados contraproducentes”*.⁶⁷ Esta modulación es comúnmente utilizada cuando se realiza el control de constitucionalidad de las leyes, lo cual, puede llevar a decisiones que no necesariamente supongan la declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad, encasillándose la sentencia entre un lugar intermedio entre estos dos.⁶⁸

Estas sentencias intermedias que se alejan de la concepción clásica del modelo kelseniano, son las que ocuparán nuestro dentro de atención, páralo cual recurriremos tanto a la doctrina ecuatoriana como colombiana para establecer una clara tipología de las sentencias constitucionales.

⁶⁶ Cfr. Id.

⁶⁷ Rodrigo Escobar Gil, en *“La modulación de Sentencias de Control Constitucional”*, en Tribunal Constitucional del Ecuador, Jornadas internacionales de derecho constitucional, Quito, 2007, pág. 236

⁶⁸ Ob. Cit, Nicolás Salas Parra, *Importancia de la modulación de sentencias de control constitucional*

Así, en primer lugar encontramos que, dentro de la producción, jurídica derivada por la Corte Constitucional, se encuentra las denominadas *sentencias interpretativas* las cuales en esta clase de resoluciones, la Corte restringe el alcance normativo de la disposición impugnada, pudiendo limitar su aplicación o limitando sus efectos inclusive,⁶⁹ lo que se trata en estos tipos de sentencia es descartar interpretaciones inconstitucionales sobre esa norma, generando una interpretación armonizable con la Constitución.⁷⁰ Así “*las sentencias interpretativas buscan mantener y conservar la obra legislativa hasta donde ello sea posible, sin eliminarla del ordenamiento jurídico, mientras exista una interpretación de dicha norma que sea compatible con la Constitución*”.

La Corte Constitucional Colombiana mediante la sentencia T397/97 se refiere a la modulación de las sentencias interpretativas en el siguiente sentido:

“En efecto, si es posible inaplicar una norma jurídica por ser manifiestamente contraria a la Constitución, con mayor razón, en aras de asegurar la preservación del derecho, es procedente que el juez constitucional pueda hacer una interpretación conforme con la Constitución, sin necesidad de inaplicar la norma, dado que no se presenta la situación de incompatibilidad de dos disposiciones que no puedan ser aplicadas y subsistir al mismo tiempo. De esta manera se produce una especie de actualización de la norma frente a la nueva Constitución, o dicho de otro modo, una especie de incorporación de los mandatos constitucionales a dicha norma. Lo anterior ha sido la solución que la Corte ha dado cuando ha dictado sentencias modulativas o condicionas, en el sentido de escoger entre muchas interpretaciones de una norma la que se adecua o acomoda a los preceptos de la Constitución”.⁷¹

Por lo expuesto, las sentencias interpretativas o condicionales buscan preservar la integridad de una norma jurídica, eliminando sólo las eventuales interpretaciones y aplicaciones que puedan suponer una contradicción al orden jurídico.

Dentro de la presente clasificación encontramos también las *sentencias integradoras o aditivas*, en la cual, el juez constitucional dentro de su potestad creadora,

⁶⁹ Ob. Cit, Hernán Alejandro Olano, *Tipología de nuestras sentencias constitucionales*, pág. 577.

⁷⁰ Ob. Cit, Nicolás Salas Parra, *Importancia de la modulación de sentencias de control constitucional*

⁷¹ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-397/97*
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-397-97.htm>, Acceso: 28 de septiembre de 2014, Hora: 16:48.

emite mandatos constitucionales a la legislación secundaria, para subsanar espacios normativos, así o que se pretende con estas sentencias es incorporan nuevos elementos al enunciado normativo, ingresando a la norma, nuevos sujetos de derechos por ejemplo, así el requisito sine qua non para que opere esta clase de sentencias es la existencia de una *comisión legislativa*, siendo la norma no necesariamente inconstitucional, sino insuficiente.⁷²

Acorde con la Corte Constitucional colombiana, lo que el juez pretende mediante este tipo de sentencias es producir *“una extensión de un contenido normativo a situaciones fácticas no previstas originalmente en ellas, que de otra forma serían inconstitucionales”*.⁷³

Una tercera clase de sentencias son las referidas como las *sentencias sustitutivas*, en estos casos, el juez expulsa del ordenamiento jurídico la norma acusada de inconstitucionalidad, pero la sustituye el vacío dejado por una regulación específica, consecuentemente, el juez no actúa como un legislador negativo, porque suple el mismo la falta de norma, al crear una suerte de regla, o mandato.⁷⁴

Así para Caballero Sierra “decisiones como estas han planteado el problema de la legitimación de la Corte Constitucional para llenar vacíos normativos, que en principio deberían corresponder al legislador pero que por imperativo constitucional debe aquella subsanar como especificadora de los derechos, puesto que el control de constitucionalidad debe estar siempre sujeto al espíritu y valores supremos de la Carta”.⁷⁵ A pesar de lo expuesto por el tratadista, consideramos que este es el camino adecuado para el juez constitucional ecuatoriano, ya que la Constitución así como los instrumentos internacionales de derechos humanos exigen al juez un rol más garantista y protector de los derechos fundamentales, consecuentemente la creación de normas supletorias no permitirán que el accionado quede en indefensión, frente a los errores cometidos por el legislador.

En cuarto lugar encontramos a las sentencias *apelativas o exhortativas*, estas se forjan como resultado de la constatación de situaciones que son constitucionales y en las

⁷² Ob. Cit, Hernán Alejandro Olano, *Tipología de nuestras sentencias constitucionales*, pág. 579.

⁷³ Corte Constitucional de Colombia, *Auto 256/09*

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2009/a256-09.htm>, Acceso: 29 de septiembre del 2014, Hora: 20:36.

⁷⁴ Ob. Cit, Hernán Alejandro Olano, *Tipología de nuestras sentencias constitucionales*, pág. 580.

⁷⁵ Gaspar Caballero Sierra, *Corte Constitucional y legislador: contrarios o complementarios*, Ediciones de la Corte Constitucional de Colombia, Bogotá, 2001.

que, es menester la participación del órgano legislativo para alterar la situación dentro de un plazo expresamente determinado, así en caso de no acatar la disposición emanada por la Corte, esta se convierte en un legislador subsidiario.

Para Nogueira Alcalá estas sentencias apelativas van *desde un simple consejo al legislador, hasta fórmulas más coactivas, que llaman al legislador a regular una materia establecida en la Constitución*.⁷⁶

Dentro de nuestro sistema constitucional todavía no se ha emitido esta clase de sentencias, sin embargo, el mejor ejemplo del alcance y las consecuencias que se pueden generar de esta clase de resoluciones exhortativas acorde con José Augusto García, la encontramos en la sentencia C-577/11 de 2011 emitido por la Corte Constitucional de Colombia, la cual declaró inconstitucional sendas normas que discriminaban el trato igualitario a las parejas homosexuales instando, al Congreso Nacional a legislar los derechos a las parejas del mismo sexo; determinando que si para el 20 de junio de 2013, este no haya expedido la legislación correspondiente (ley de matrimonio homosexual), las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente para formalizar un vínculo contractual que les permita constituirse como familia. Conducentes a superar el déficit de protección en contra de este grupo minoritario.⁷⁷

Efectivamente, El 23 de abril del 2013, el Senado de la República de Colombia determinó que el matrimonio constituye la unión entre un hombre y una mujer; y, por lo tanto declarando inexistente la pretendida discriminación determinada por la Corte Constitucional, y en consecuencia, rechazó un ambicioso proyecto de ley que pretendía legalizar el matrimonio homosexual.⁷⁸ Sin embargo, y al haber el senado colombiano incumplido con el mandamiento emanado por la Corte Constitucional; ya que en definitiva el Congreso de la Republica no reguló las uniones en parejas del mismo sexo, se habilitó el camino legal para que las parejas homosexuales puedan recurrir ante los jueces civiles municipales competentes para acceder a la figura civil del matrimonio tal como lo prescribió la Corte Constitucional dentro de su parte resolutive. En consecuencia, hasta la

⁷⁶ Cfr, Id.

⁷⁷ José Augusto García, *Los derechos constitucionales del colectivo de gays, lesbianas, bisexuales, transexuales, travestis e intersexuales (GLBT-I) y sus restricciones dentro del régimen civil ecuatoriano relacionado con las uniones de hecho*, tesis, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2014, pág 53.

⁷⁸ Cfr, Id.

presente fecha, existen dos casos de matrimonios plenamente validados inclusive por la Corte Constitucional.⁷⁹

En relación con los efectos temporales que puede generar una sentencia constitucional, la doctrina constitucional nos indica que, en muchos sistemas constitucionales la noción de efectos retroactivos (*ex tunc*) o efectos a futuro o prospectiva (*ex nunc*) no son homogéneos en especial aquellos sistemas dentro del *ámbito sudamericano*, así lo expresa Nogueria Alcalá la manifestar que existe una heterogeneidad de criterios sobre los efectos *ex tunc* o *ex nunc* de los fallos de los tribunales constitucionales de Bolivia, Ecuador, Colombia, Perú y Venezuela,⁸⁰ en nuestro caso, la gran limitación jurisprudencial sobre las sentencias *ex tunc* o *ex nunc* nos obliga a que nos remitamos a la doctrina constitucional colombiana para desarrollar esta importante clasificación.

El primer tipo de esta clasificación por los efectos de la sentencia en el tiempo, son las resoluciones emitidas por la Corte con efectos retroactivos, también denominadas sentencias *ex tunc*, los cuales retrotraen los efectos de la norma mientras esta se encontraba vigente, si bien, esta situación podría generar un grave problema al principio de la seguridad jurídica, al deformar situaciones jurídicas o derechos jurídicos ya existente, la trascendencia de remediar el daño ya producido por la norma inconstitucional vuelve más apremiante, a criterio de la Corte, corregir las deficiencias legislativas en tiempo pasado.

En otras palabras las sentencias *ex tunc* son resoluciones jurisdiccionales que rigen hacia el pasado, retrotrayéndose al momento mismo del nacimiento jurídico de la norma inconstitucional, la idea es que al ser una norma nula, esta nunca existió así como tampoco sus efectos.⁸¹ En la jurisprudencia constitucional comparada, se ha encontrado esta clase de sentencia dentro de la Corte Constitucional Colombiana, la cual dentro de su sentencia C113/93 mediante la cual, la Corte aceptó la demanda de inconstitucionalidad propuesta, obligando a devolver el valor pagado por concepto de

⁷⁹ Cfr. Id.

⁸⁰ Ob. Cit, Hernán Alejandro Olano, *Tipología de nuestras sentencias constitucionales*, pág. 583.

⁸¹ Sandra Helena Portilla, *Corte constitucional colombiana y Tribunal constitucional ecuatoriano en el control abstracto de constitucionalidad: ¿legisladores positivos?*
<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2401/1/T0184-MDE>
PortillaCorte%20Constitucional.pdf, Acceso: 30 de septiembre del 2014, Hora: 11:54.

impuesto a quienes al amparo de la norma ahora derogada lo hicieron.⁸² Por todo lo expuesto esta clase de sentencia posee efectos retroactivos siendo su principal ocupación la de corregir las deficiencias de una norma inconstitucional durante el tiempo de su vigencia.

En esta clasificación también encontramos las clásicas sentencias constitucionales cuyos efectos irradian hacia futuro, estas son comúnmente conocidas como *sentencias ex nunc*, en esta clase de sentencias, el juez constitucional declara la inconstitucionalidad de la norma, pero no modifica los efectos derivados durante el tiempo de su vigencia, si bien la doctrina ha criticado que ello puede lograr no menoscabar el principio de seguridad jurídica constituye una clara injusticia entre los ciudadanos que están obligados a soportar los efectos de la ley en su momento, y aquellos a quienes ya no rige a partir de la declaratoria de inconstitucionalidad,⁸³ frente a ello, una vez más acudiremos a la doctrina constitucional colombiana, la cual nos señala que esta diferencia, deberá depender de una “ponderación, frente al caso concreto, del alcance de dos principios encontrados: la supremacía de la Constitución-que aconseja atribuir a la decisión efectos *ex tunc*, esto es retroactivos- y el respeto a la seguridad jurídica- que, por el contrario, sugiere conferirle efectos *ex nunc*, esto es únicamente hacia el futuro”.⁸⁴

En tal escenario, corresponderá al juez constitucional mediante un adecuado ejercicio ponderativo regular los efectos derivados de la sentencia en correspondencia con el principio de supremacía constitucional, si su sentencia debe ser regulada con efectos retroactivos, o el principio de seguridad jurídica, si es necesario que la sentencia tenga efectos a futuro.

Finalmente dentro de la clasificación de las sentencias constitucionales acorde con los efectos en el tiempo encontramos aquellas sentencias que si bien denota la existencia de una norma jurídica viciada, pero debido al gran caos que podría producir no la anula, hasta que el legislador sea el que corrija esta situación, estas sentencias se denominan como *sentencias de inconstitucionalidad diferida o constitucionalidad temporal*, en estas resoluciones, lo que el juez constitucional pretende es evitar mayores males al derogar

⁸² Cfr, Id.

⁸³ Ob. Cit, Hernán Alejandro Olano, *Tipología de nuestras sentencias constitucionales*, pág. 584.

⁸⁴ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-327/03*.

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-327-03.htm>, Acceso: 30 de septiembre del 2014, Hora: 14:49.

una norma de trascendental importancia dentro de la sociedad, es decir, que la expulsión de dicha norma acarrearía valores jurídicos importantes que podrían ser vulnerados, obviamente en esta clase de sentencias el juez deberá realizar una motivación adecuada para sustentar este tipo de decisión.⁸⁵

Una tercera clasificación de las sentencias constitucionales corresponde a las resoluciones sin modulación, es decir aquellas que no requieren regular los efectos de sus decisiones sea a través del tiempo, la materia, o el espacio, esta categoría corresponde a las sentencias de control de la constitucionalidad de las normas propiamente, la primera de esta especie son las *sentencias de control concreto de constitucionalidad*⁸⁶, así para Nogueira Alcalá⁸⁷, son los tribunales constitucionales y solamente estos, los que, por mandato constitucional, tienen la obligación constitucional de realizar un control de constitucionalidad sea este de forma concreta o abstracta de las normas constitucionales. Dentro de nuestra Constitución, tal obligación se encuentra establecida dentro del Art. 436 numeral 3 que cito:

“Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución”.

Si bien el procedimiento para el control concreto de constitucionalidad se encuentra igualmente establecido dentro del propio artículo 428 de la Constitución, este todavía no ha sido debidamente regulado, un análisis que lo realizaremos apropiadamente en el segundo capítulo, sin embargo, estas sentencias tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad de las normas jurídicas y su correspondiente armonía con el texto constitucional. Siguiendo lo manifestado por este tratadista, las sentencias sobre cuestiones de inconstitucionalidad, vinculan a todos los poderes públicos y tienen efectos generales. A su vez, las sentencias desestimatorias de inconstitucionalidad en control

⁸⁵ Ob. Cit, Hernán Alejandro Olano, *Tipología de nuestras sentencias constitucionales*, pág. 585.

⁸⁶ Cfr,Id.

⁸⁷ Alan Vargas Lima, *las sentencias constitucionales y su modulación en la jurisprudencia del tribunal constitucional boliviano*, La Paz-Bolivia, 1era edición, FUNDA, 2007. pp, 78-79

concreto impiden cualquier planteamiento ulterior por la misma vía fundado en la infracción del mismo precepto constitucional.⁸⁸

Por otra parte, encontramos las *sentencias declarativas de inconstitucionalidad*, como su nombre lo indica, en esta clase de sentencias, el juez, declara a norma legal impugnada como inconstitucional, aunque si bien no determina la razón de la anulación con la norma, ello habilita al legislador la oportunidad de modificar la norma, configurándola libremente acorde a los preceptos constitucionales.⁸⁹

También encontramos las sentencias de *inconstitucionalidad por omisión*, una situación que surge ante la inacción legislativa para normar una determinada materia especificada en el texto constitucional, en otras palabras, el incumplimiento de una orden de legislar por parte de la Asamblea Nacional da como resultado la declaratoria de la inconstitucionalidad por omisión.

Dentro de las sentencias constitucionales que declaren la inconstitucionalidad por omisión deben, necesariamente, configurarse los siguientes elementos: a) la existencia de un mandato constitucional que conmine al legislador a su tarea, b) el deber de actuar del legislador debe ser concreto, exacto, c) la omisión alegada no debe ser razonable, este último elemento se relación con el tiempo que ha transcurrido en omitir el legislador su deber constitucional.⁹⁰

Esta clase de sentencias, por cuanto suponen una evidente sanción contra la función legislativa deben recurrir únicamente en casos excepcionales, así para la Corte Constitucional, más allá de los plazo establecidos dentro de la Constitución, la Asamblea incurre en una verdadera omisión legislativa siempre y cuando esta regule de manera insuficiente o incompleta un mandato constitucional.⁹¹

La Corte Constitucional ha expresado lo dicho anteriormente dentro de la sentencia 0005-10IO, en la cual consideró que la Asamblea Nacional “no ha incurrido en una

⁸⁸ Ob. Cit, Hernán Alejandro Olano, *Tipología de nuestras sentencias constitucionales*, pág. 585.

⁸⁹ Cfr, Id.

⁹⁰ Cfr, Gerardo Monroy Cabra citado por Alex Iván Valle, *Inconstitucionalidad por omisión en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana*, sentencia No. 001-1L-SIO-CC, en Revista de Derecho Universidad Andina Simón Bolívar, No. 13, Quito, 2010, págs. 149-150.

⁹¹ Cfr, Id.

omisión legislativa puesto que las leyes cuya inconstitucionalidad por omisión se demanda, han sido debidamente aprobadas y publicadas” y que, de acuerdo con el principio *pro legislatore*, la declaratoria de omisión es de ultima ratio, ya que el órgano de control constitucional previo a declarar la inconstitucionalidad por omisión debe exhortar al órgano competente para que se dicte la norma en un plazo razonable.⁹²

Una cuarta clase de especie, son las sentencias atípicas, las cuales en el Derecho Procesal Constitucional se las define como a una cierta categoría de fallos que escapan de la clasificación tradicional, decisiones nomogenéticas (Sagüés)⁹³ en el sentido que resultan productoras de normas infiriéndolas de la misma Constitución. También es una categorización a la que hace referencia Nogueira Alcalá⁹⁴, para quien la justificación doctrinal de las sentencias atípicas tiene por base el principio de conservación de las normas legislativas que fundamenta la posibilidad de una intervención positiva y no sólo negativa del Tribunal Constitucional, posibilitando el salvar de la norma legislativa, otorgando además certeza jurídica y aplicación uniforme del derecho aplicando principios constitucionales y una interpretación sistemática y finalista.

Corresponde, por lo mismo, a los tribunales constitucionales la tarea de realizar el principio de legitimidad constitucional que exige de los tribunales mayor conformidad del sistema normativo a los valores y principios constitucionales.

Por todo lo expuesto, el contenido de cada sentencia se da en razón de la naturaleza del proceso que haya avocado la Corte Constitucional, siendo sus decisiones las que comporten elementos que identifiquen a cada sentencia dentro de los grupos advertidos en previas líneas, no olvidemos que, dada la posición especial que se le ha reconocido a la Corte Constitucional, sus sentencias tienen una vinculación de carácter general independientemente de las partes que accionen los mecanismos jurisdiccionales, prescritos en la Constitución, así los efectos que se impongan también impregnarán el sello distintivo de cada sentencia constitucional que se produzcan con sus efectos en el tiempo, espacio y materia.

⁹² Cfr, Id.

⁹³ Ibid. pag.92

⁹⁴ Ibid. pag.92

CAPITULO II

Los mecanismos de control de constitucionalidad de las normas jurídicas en el Ecuador

“Analizar el tema del control constitucional de los poderes públicos en cualquier Estado contemporáneo occidental impone, en términos genéricos, reflexionar acerca de las relaciones entre democracia y Estado de derecho, es decir, sobre las vinculaciones entre aquella forma de gobierno cuyo principio básico –no único, por cierto– es la regla del gobierno de la mayoría y los instrumentos de control que operan en un Estado constitucional de Derecho, entendidos estos últimos, en su dimensión francesa, de inspección, fiscalización, intervención y no de dominio o preponderancia.

*Rubio Llorente, La forma del poder”.*⁹⁵

Uno de los elementos que caracterizan a los nuevos ordenamientos jurídicos de los países democráticos, es la evidente y necesaria primacía que se da a la justicia constitucional dotándola a esta de autonomía, independencia, control, e influencia por encima de cualquier instrumento legal, o inclusive de otras funciones del Estado. En el caso latinoamericano, la importancia de establecer verdaderos mecanismos de protección de derechos, así como el control y adecuación constitucional de los actos y resoluciones emitidos por parte de los poderes públicos, se derivan del penoso pasado de las sanguinarias dictaduras que se impusieron durante la década de los setenta, ochenta y noventa dentro de nuestra región.

En nuestro caso la Constitución del Ecuador del año 2008, genera importantes avances, ya que ahora se concibe al Estado como el garante y protector de los derechos constitucionales, inclusive pudiendo ser conminado a su deber primordial mediante

⁹⁵ Rubio Llorente, F. *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 206-207.

mecanismos jurisdiccionales,⁹⁶ este nuevo paradigma ha generado una mayor preponderancia de los instrumentos internacionales de derechos humanos inclusive por encima del contenido constitucional; así lo ha determinado la Corte Constitucional dentro de sus sentencias vinculantes al manifestar que:

*El Ecuador da cuenta de la supremacía constitucional, ya que el sistema jurídico normativo no puede contravenir los derechos dispuestos en ella, conforme consta en el artículo 424 de la Constitución. Sin embargo, tratándose de tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador, que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto de poder público.*⁹⁷

Es por ello que ahora la Constitución ya no solamente se conjuga como la norma de grado (jurídico) jerárquico más elevado, sino que al contener una amalgama de principios y derechos garantizados mediante mecanismos jurisdiccionales, esta se constituye como la norma axiológicamente suprema, variable, expansiva y dinámica,⁹⁸ estas características nos permiten hablar propiamente de una Constitución de valores antes bien que de una carta fundamental compuesta de reglas jurídicas positivas que delimiten el poder público.⁹⁹

Para que se puedan garantizar la vigencia de los derechos constitucionales se han implementado una serie de reformas constitucionales, las cuales se encaminan en establecer, de forma progresiva, nuevas y amplias competencias a los tribunales o cortes constitucionales con el fin de que, estos puedan garantizar la adecuación de las normas que componen el ordenamiento jurídico al contenido de la Constitución (control de constitucionalidad), promoviendo así una Constitución viva y creciente, que se ajuste a los continuos cambios sociales. Si bien, la actual Constitución inspirada en el Neoconstitucionalismo ha dado mayor preponderancia a la justicia constitucional y a los mecanismos de control de constitucionalidad concreto y abstracto, ello no significa que

⁹⁶ Ramiro Ávila Santamaría, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, Página. 9

⁹⁷ Sentencia No. 025-12-SIN-CC del 04 Septiembre de 2012 emitida por la Corte Constitucional para el periodo de transición; Registro Oficial 781, fecha de publicación: 04 de septiembre de 2012.

⁹⁸ Cfr, Susana Pozzolo citada en Miguel Carbonell, *El Canon Neoconstitucional*, Ciudad Fernández, Editorial Trotta, 2010, Página. 170

⁹⁹ Cfr, Id.

dentro de la historia constitucional ecuatoriana no haya existido previamente alguna clase de mecanismos de control de la constitucionalidad de las normas jurídicas inferiores; en efecto, un primigenio control constitucional aparecería dentro de la Constitución de 1851 a través del denominado Consejo de Estado¹⁰⁰ el cual se encargaría del control de legalidad de las normas jurídicas emitidas por el Congreso; su duración sería efímera, por cuanto se pensaba que el referido organismo, al no representar la expresión de la voluntad popular como sí lo hacía el Congreso, mal podría pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes; en tal sentido, esta función debía recaer únicamente sobre el poder legislativo.¹⁰¹

Por su parte, la Constitución de 1946 si bien imita el modelo kelseniano de control concentrado, al instaurar el Tribunal de Garantías Constitucionales, la despoja de la actividad de control constitucional por cuanto sus resoluciones sobre la inconstitucionalidad de una ley no tendrían un carácter definitivo (inapelable) reservando a la Función Legislativa dicha atribución. Esta característica negativa ya estuvo implícita desde el antecedente de 1851 y en la Constitución liberal de 1906, continuando presente, de forma expresa, hasta la reforma constitucional del año 1995¹⁰² que retoma la idea de un nuevo Tribunal Constitucional, el cual, de acuerdo con la Ley Orgánica de Control Constitucional de 1996, compartía normativamente las competencias de control de la constitucionalidad con los jueces ordinarios.¹⁰³

Es solamente a partir de la promulgación de la Constitución de 1998, en el que se puede hablar propiamente de una judicialización del sistema constitucional dentro de nuestro ordenamiento jurídico, reforzando el papel del Tribunal Constitucional y la generación de garantías jurisdiccionales, así como también al establecer un modelo de control difuso de constitucionalidad permitiendo a los jueces sin suspender el trámite inaplicar normas consideradas contrarias a la constitución, procediendo a la remisión de la consulta de constitucionalidad para que este se pronuncie con efectos generales y obligatorios. Al respecto el Art. 274 de la Constitución de 1998 determinaba que:

¹⁰⁰ Miguel A. Camba Campos, *Justicia y Control Constitucional*

http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=16&Itemid=27

¹⁰¹ Corte Constitucional del Ecuador, Doctrina N° s/n, EDLE, Publicado 01 de marzo de 2012.

¹⁰² Cfr, Id

¹⁰³ Ley Orgánica de Control Constitucional, Registro Oficial 99 Publicado: 02 Jul 1997, Estado: Derogado.

*“Art. 274.- Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio”.*¹⁰⁴

Así, por primera vez en la historia constitucional ecuatoriana, se reconoce la importancia del juez como creador de derecho, promoviendo su participación y estudio en la causa que se encuentre tramitando, conjugando de esta forma, la existencia de dos mecanismos de control de constitucionalidad, el concreto, ejercido a través del Tribunal Constitucional; y, el control abstracto o difuso, el cual sería privativo de los jueces.

Finalmente, con la Constitución promulgada el 20 de octubre de 2008, si bien se despliega un mayor catálogo de derechos, principios, garantías jurisdiccionales y un específico fortalecimiento del órgano del control constitucional por excelencia (Corte Constitucional), empero el control difuso, reconocido a todos los jueces previamente, se limita, ya que, no se les faculta a los jueces inaplicar las normas que consideren contrarias a la Constitución, *“teniendo tan solo la posibilidad de suspender la tramitación de la causa hasta obtener un pronunciamiento definitivo de la Corte Constitucional”.*¹⁰⁵

Como hemos dejado sentado en previas líneas, el control de constitucionalidad, hoy en día, constituye uno de los pilares primordiales para la concientización del papel que juega la Constitución dentro de nuestra sociedad, sin embargo, el fundamento sobre el cual se sustenta, subyace en dos principios inherentes a su naturaleza: la supremacía constitucional y la fuerza normativa de la Constitución.¹⁰⁶

El principio de supremacía constitucional determina qué; todas las normas, sean estas leyes, reglamentos, resoluciones, decretos, así como los actos

¹⁰⁴ Constitución de la República del Ecuador

¹⁰⁵ Cfr, Juan Francisco Guerrero del Pozo, *Aproximación al Control Abstracto en el Ecuador. La acción de Inconstitucionalidad*, http://www.dgalegal.com/sites/default/files/documentos/control_abstracto_de_constitucionalidad_.pdf, Acceso: 03 de septiembre de 2014, Hora: 13:47,

¹⁰⁶ Cfr, Id.

administrativos de carácter particular, deben someterse irrestrictamente a la Constitución de la República, tanto en el aspecto formal o de su creación, como en el aspecto material, referido a su contenido,¹⁰⁷ esta idea surge por cuanto se considera a la Constitución como norma suprema, no solo en el ámbito jurídico, sino también comporta la noción y voluntad política y social de un determinado estado.

El tratadista Rafael Oyarte determina que el Principio de Supremacía Constitucional comporta dos conceptos integrales entre sí, por un lado, afirma la existencia del principio como supremacía material según la cual, la superioridad del contenido de la Constitución, impide que las normas inferiores alteren a la Constitución; y por otra parte, el principio como supremacía formal, por la que se impone que en la expedición y reforma de la Constitución se exijan mecanismos y requisitos más rigurosos que para las normas ordinarias; y, como un segundo aspecto, supone que en la Constitución se establezcan los procedimientos por medio de los cuales deben crearse, extinguirse y modificarse las normas jurídicas.¹⁰⁸

Es por ello que se dice que, dentro de la Constitución, reside el fundamento de validez de toda norma jurídica, y por eso, esta se impone como el máximo instrumento de nuestro ordenamiento jurídico. Así lo reconoce el primer inciso del art. 424 de la Carta Fundamental al decir que:

*“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica”.*¹⁰⁹

En cuanto al principio de fuerza normativa de la Constitución, que hemos señalado como uno de los fundamentos primigenios del control de constitucionalidad, es menester destacar que este entiende a la Constitución como una norma susceptible de ser directamente aplicada, independientemente de regulación secundaria, obligando al operador de justicia a su cabal cumplimiento; así lo afirma Claudia Storini

¹⁰⁷ Cfr, Id.

¹⁰⁸ Cfr, Rafael Oyarte Martínez, “La Supremacía Constitucional”, en Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana, Quito, Publicaciones del Tribunal Constitucional, 1999, p. 75.

¹⁰⁹ Constitución de la República del Ecuador, Artículo 424.

al manifestar que: “(...) la Constitución es directamente aplicable por cualquier servidor público, jueces y tribunales sin necesidad alguna por otra fuente del derecho(...)”.¹¹⁰

Es entonces que, bajo los principios de Supremacía de la Constitución así como el de Fuerza normativa, se determina la necesidad de los estados en vigilar que las leyes y demás normativas inferiores de un ordenamiento jurídico determinado se conformen a los preceptos emanados dentro de la Constitución, para ello se ha generado, a saber, dos modelos de control constitucional; el modelo americano o anglosajón y el modelo europeo continental.¹¹¹

Dentro del presente apartado hemos de analizar las formas de control constitucional reconocidas en nuestra constitución así como su origen remoto, explicaremos a detalle la evolución de la Corte Constitucional a partir de la expedición de la Ley de Control Constitucional (1996) y sus amplias facultades en la búsqueda de la construcción de los nuevos valores y principios impregnados por el Neoconstitucionalismo y su rol protagónico en la actualidad.

2.1. Competencias y Facultades de la Corte Constitucional.

Como se ha sentado en previas líneas, es a partir de las reformas constitucionales de 1995 y 1996 en la que se puede hablar de una institucionalización de la justicia constitucional con la creación del Tribunal Constitucional como máxima instancia de decisión del control constitucional de las normas jurídicas, anulando así, la competencia del Congreso en materia del control constitucional.¹¹² Es durante este período en el que se reafirma la importancia del Tribunal Constitucional al instaurarse el amparo constitucional, habeas data y la fundación de la Defensoría del Pueblo, adicionalmente se le confiere al tribunal, un control jurídico parcial de algunos instrumentos internacionales. Sin embargo, el mayor aporte que se le confiere al órgano constitucional se da en el Art. 278 de la Constitución de 1998, el cual cito:

¹¹⁰ Claudia Storini, Las garantías de los derechos en las constituciones de Bolivia y Ecuador, Foro Revista de Derecho UASB-Ecuador, No.14, 2010, Quito, pág. 31

¹¹¹ Ob. Cit, Juan Francisco Guerrero del Pozo, *Aproximación al Control Abstracto en el Ecuador. La acción de Inconstitucionalidad*, pág. 32

¹¹² Agustín Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador*, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012, Quito, Pág. 186.

“Art. 278.- La declaratoria de inconstitucionalidad causará ejecutoria y será promulgada en el Registro Oficial. Entrará en vigencia desde la fecha de su promulgación y dejará sin efecto la disposición o el acto declarado inconstitucional. La declaratoria no tendrá efecto retroactivo, ni respecto de ella habrá recurso alguno.

*Si transcurridos treinta días desde la publicación de la resolución del Tribunal en el Registro Oficial, el funcionario o funcionarios responsables no la cumplieren, el Tribunal, de oficio o a petición de parte, los sancionará de conformidad con la ley”.*¹¹³

La introducción del referido artículo, promueve un cambio fundamental en todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano, toda vez que, establece el carácter definitivo y vinculante de las decisiones del Tribunal, pasando de ser un simple formulador de observaciones, como se determinaba en la constitución de los años cuarenta, a ser un organismo de juzgamiento y coerción mediante la figura del desacato.¹¹⁴

Sin embargo, esta facultad de control constitucional no solamente constituiría una prerrogativa del organismo constitucional sino que, y gracias a los preceptos establecidos dentro de los artículos 273 y 274 de la constitución, se amplía el control concreto de constitucionalidad a todos los jueces, mediante la declaración de inaplicabilidad, no obstante, esta solo tendría efectos únicamente en la causa en que resolviesen, teniendo la obligación el juez de presentar un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, con el objeto de que, sea este el que resuelva con carácter general y obligatorio.¹¹⁵

Las atribuciones esenciales que se derivan de este período al Tribunal Constitucional fueron los siguientes: conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad, por la forma o el fondo -de actos normativos de carácter general, esto se traduce en conocer acerca de la inconstitucionalidad de la ley y de otras normas jurídicas, como tradicionalmente se dispuso dentro de la Ley de Control Constitucional;

¹¹³ Constitución del Ecuador de 1998

<http://pdpa.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador98.html>, Acceso: 04 de septiembre de 2014, Hora: 11:15.

¹¹⁴ Cfr, Id.

¹¹⁵ Ob. Cit Agustín Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador*, pág. 189.

asimismo, la frase –suspender- los efectos que se mantuvo para estos casos dentro de la referida, fue reformada con mayor precisión por –invalidez-, como efecto de la declaración de inconstitucionalidad. Adicionalmente se facultó al Tribunal Constitucional la competencia de conocer y resolver la inconstitucionalidad de actos administrativos -con efectos generales- emitidos por cualquier autoridad pública, generando en la misma forma que el caso anterior, un efecto de invalidez del acto administrativo. Así mismo, y como mecanismo de control constitucional se reconoce la posibilidad de actuar de oficio, es lo que se denominó la *inconstitucionalidad de normas conexas*, cuando en los casos sometidos al órgano de control, éste observa que existe una o varias disposiciones contrarias a la Constitución.¹¹⁶ Otro punto novedoso que se genera a partir de 1998 es la acción por incumplimiento, aplicable a todas las normas cualesquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias.¹¹⁷

Finalmente, las reformas constitucionales generaron la inconstitucionalidad por omisión, en la cual se dispone que los casos en que los poderes públicos olviden ejecutar uno o varios de los mandatos constitucionales, dentro de los plazos señalados por la propia constitución o en un plazo razonable, en ese caso, la Corte declarará este tipo de inconstitucionalidad; y, si la omisión no es subsanada, el órgano constitucional deberá, con carácter provisional, expedir la norma o ejecutar el acto omitido. Consecuentemente, los miembros de la Corte se convierten en legisladores temporales.¹¹⁸

Estos antecedentes nos permiten inferir la construcción de un sistema constitucional más robusto y con lineamientos determinables, a partir de 1998 el papel del Tribunal Constitucional dentro del quehacer jurídico adquiere suma relevancia por cuanto se judicializa la constitución mediante nuevos mecanismos de protección de los derechos constitucionales, así como también ser el máximo órgano de interpretación de la constitución; siendo este último punto, el punto neurálgico del presente acápite.

¹¹⁶ Ob. Cit, Corte Constitucional del Ecuador, Doctrina N° s/n, EDLE, Publicado 01 de marzo de 2012.

¹¹⁷ Cfr, Id.

¹¹⁸ Cfr, Id.

Con la promulgación de la nueva constitución en el año 2008 se mantiene algunas instituciones clásicas reconocidas previamente como el control previo de los tratados internacionales y las objeciones presidenciales por inconstitucionalidad, empero, bajo esta nueva Carta Magna el control por parte de la Corte Constitucional se robustece, un claro ejemplo de ello lo encontramos dentro del inciso final del Art. 104 que determina:

“(....) Las consultas populares que soliciten los gobiernos autónomos descentralizados o la ciudadanía no podrán referirse a asuntos relativos a tributos o a la organización político administrativa del país, salvo lo dispuesto en la Constitución. En todos los casos, se requerirá dictamen previo de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de las preguntas propuestas.”¹¹⁹

Así mismo el artículo 443 de la Constitución determina la calificación por parte de la Corte Constitucional el procedimiento pertinente para la reforma constitucional al señalar que: *“La Corte Constitucional calificará cuál de los procedimientos previstos en este capítulo corresponde en cada caso”*:

Otra de las competencias previstas dentro del cuerpo constitucional es el dictamen previo de *admisibilidad* por parte de la Corte Constitucional para que la Asamblea Nacional pueda proceder al enjuiciamiento político del Presidente de la Republica, en similar manera la Corte Constitucional se encuentra investida de potestad para verificar la constitucionalidad del decreto presidencial de disolución de la Asamblea Nacional cuando esta se haya arrogado funciones que no se le han reconocido constitucionalmente (Art. 148 Constitución). En materia de control seccional, la Corte Constitucional ahora es competente para revisar los proyectos de estatutos de autonomía regional remitidas por los gobiernos provinciales que deseen constituirse en regiones (Arts. 245 inciso 3 y 246). Así como el control de las sentencias ejecutoriadas (Art. 86 numeral 7). Por lo expuesto, se puede determinar que estas nuevas competencias pretenden ampliar el control constitucional, específicamente a las reformas constitucionales así como algunas decisiones políticas importantes que se suscitan entre Legislativo y Ejecutivo, siendo estos dos sometidos a las decisiones imparciales que emanen de la Corte Constitucional.¹²⁰

¹¹⁹ Constitución de la República del Ecuador, Art. 104 inciso final.

¹²⁰ Ob. Cit, Agustín Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador*, pág. 191.

Algo destacable que debe ser tomado en consideración es la ampliación de la legitimación activa de las acciones constitucionales, un verdadero hito que canalizará una mayor actuación de la Corte Constitucional en su función de control y reforma de las normativas legales contrarias a los enunciados constitucionales, en efecto, el Art. 439 ha señalado que: *“Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente.”*¹²¹ Anteriormente, la Constitución de 1998 simplemente declaraba como legitimados activos al Presidente, el Congreso, La Corte Suprema, Los gobiernos seccionales, mil ciudadanos, o cualquier persona previo informe favorable del Defensor del Pueblo, este desarrollo en palabras de Agustín Grijalva ha propiciado un *“sistema más abierto de acceso a la justicia constitucional, (...) Siendo el más democrático (...) permitiendo desarrollar adecuadas estructuras institucionales que permitan calificar, con criterio y agilidad, la admisibilidad de tales acciones”*.¹²²

A partir del 2008 la Corte Constitucional es también competente para controlar las inconstitucionalidades por omisión, así en caso de que la propia Constitución determine un mandato específico que debe cumplirse en un plazo determinado, como por ejemplo la obligación de crear una ley en determinado tiempo, si el legislador omite este mandato, viola la Constitución, en tal caso la Corte Constitucional podría dictar una norma provisional (Art.436 núm. 10).

De conformidad con lo que reza el artículo 428 de la Constitución, la Corte Constitucional posee la facultad de decidir sobre la constitucionalidad de normas a las que los jueces consideren inconstitucionales en el curso de un proceso, obligando a los operadores de justicia suspender temporalmente el proceso hasta que la Corte Constitucional resuelva de forma general y con efectos obligatorios. Esta disposición, constituye un grave retroceso por cuanto el artículo 274 de la Constitución de 1998 facultaba al juez inaplicar la norma inconstitucional y fallar en la causa independientemente o no del criterio posterior que emitiese el entonces Tribunal Constitucional, la doctrina ha manifestado que el Art. 428 de la Constitución eliminó definitivamente el control difuso. Empero para Agustín Grijalva tal afirmación no es del todo cierta toda vez que: *“esta eliminación no es tan clara puesto que los artículos 424, 425 y 426 de la Constitución, así como el artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional podrían ser interpretados en el sentido de que*

¹²¹ Constitución de la República del Ecuador, Art.439

¹²² Ob. Cit, Agustín Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador*, págs. 191-192

*los jueces cuando no tienen dudas sobre la inconstitucionalidad de una norma, tienen la facultad de implicarla”.*¹²³

De lo manifestado se puede concluir que el juez tiene dos opciones; por un lado si durante un proceso, el juez advierte la supuesta existencia de una norma inconstitucional, tiene sus dudas; y, consecuentemente en concordancia con el Art. 428 de la Constitución deberá remitir el expediente en consulta a la Corte, sin embargo, si el juez advierte y tiene la certeza que una determinada norma es inconstitucional, este podrá implicarla; de una forma u otra, esta ambigüedad aún no ha sido solventada por la Corte Constitucional.¹²⁴

Al haberse aprobado la Constitución en el 2008, se extinguió el Tribunal Constitucional transfiriendo sus competencias, facultades y prerrogativas a la Corte Constitucional para el período de transición, en este punto vale mencionar las normas de funcionamiento y organización tanto de la Corte Constitucional en el período de transición así como de la primera Corte Constitucional; y mencionaremos, como primer punto que dentro del Art. 435 se determina el período de duración de las máximas autoridades.

“Art. 435.- La Corte Constitucional elegirá de entre sus miembros, a una Presidenta o Presidente y a una Vicepresidenta o Vicepresidente, quienes desempeñarán sus funciones durante tres años, y no podrán ser reelegidos de

¹²³ Ob. Cit, Agustín Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador*, pág. 194.

¹²⁴ Al respecto el Art. 142 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional manifiesta que:

Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte Constitucional no se pronuncia, el proceso seguirá sustanciándose. Si la Corte Constitucional resolviere luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional. No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por la jueza o juez es resuelta en sentencia.

El tiempo de suspensión de la causa no se computará para efectos de la prescripción de la acción o del proceso.

forma inmediata. La Presidenta o Presidente ejercerá la representación legal de la Corte Constitucional.”

En cuanto a la designación de los miembros que conformarán la Corte, la Constitución señala el procedimiento a efectuarse, que tiene como base un concurso público:

“Art. 434.- Los miembros de la Corte Constitucional se designarán por una comisión calificadora que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. La selección de los miembros se realizará de entre las candidaturas presentadas por las funciones anteriores, a través de un proceso de concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana. En la integración de la Corte se procurará la paridad entre hombres y mujeres.”

Los miembros de la Corte Constitucional duran un periodo de nueve años, se prohíbe la reelección inmediata, es decir hay la posibilidad de presentarse de nuevo, pero no se señala después de qué tiempo estableciéndose un relevo o renovación por tercios cada tres años (Art. 432). Anteriormente la Constitución de 1998 determinaba un período menor (4 años) y la reelección inmediata (Art. 275).

El mejor ejemplo de las competencias y facultades que se delegó temporalmente a la Corte Constitucional para el período de transición se enmarca dentro de las *Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de Las Competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición*, expedido para hacer operativos el control y la justicia constitucional en el Ecuador durante el período de transición, hasta que se expida la correspondiente Ley que regule el funcionamiento de la Corte Constitucional y los procedimientos de control de constitucionalidad.¹²⁵

Dentro de la referida normativa se enuncia los principios constitucionales, así como también el control y desarrollo de los procesos constitucionales sometidos a

¹²⁵ Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de Las Competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición, Registro Oficial S. 466 de fecha 13 de noviembre del 2008.

conocimiento de la Corte Constitucional,¹²⁶ cabe destacar, que dentro de cada capítulo se desarrolla el procedimiento orgánico para procesos como la acción pública de inconstitucionalidad (Arts. 26 - 30 del Reglamento), o el control constitucional de la declaratoria de estados de excepción, competencia reconocida a partir del 2008, establecida dentro de los Arts. 31 a 36 del referido Reglamento, a estos procedimientos así como también la acción de inconstitucionalidad por omisión los engloba dentro del capítulo III denominado Control Abstracto de Constitucionalidad.

En relación con los controles concretos de constitucionalidad, la Corte determina dentro del Art. 39 del Reglamento que: *“Para el control concreto de constitucionalidad previsto en el Art. 428 de la Constitución, se observara que a consulta (....) sea debidamente motivada sobre la norma que se considera inconstitucional”*. El referido reglamento termina su exposición con la sección denominada conflictos de competencia entre las funciones del Estado u órganos constitucionales recogidos por la Constitución y el proceso de conocimiento de las garantías jurisdiccionales de derechos.

Sobre este último punto (garantías jurisdiccionales) la doctrina ha manifestado que la forma idónea para realizar el control constitucional de las políticas públicas se lo puede hacer desde la acción de protección de derechos y desde la acción pública de inconstitucionalidad. En el primer caso, se requiere que siempre exista una violación de

¹²⁶ El Art. 3 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional especifica las competencias de la Corte Constitucional en el siguiente sentido: De conformidad con lo establecido en la Constitución de la República y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y su jurisprudencia, la Corte Constitucional tiene las siguientes competencias:

1. Efectuar la interpretación de la Constitución.
2. Conocer y resolver la acción pública de inconstitucionalidad en contra de:
 - a) Enmiendas, reformas y cambios constitucionales;
 - b) Resoluciones legislativas aprobatorias de tratados internacionales;
 - c) Leyes, decretos leyes de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley;
 - d) Actos normativos y administrativos con carácter general;
 - e) Omisiones de mandatos contenidos en normas constitucionales.
3. Conocer y resolver las objeciones de inconstitucionalidad presentadas por la Presidenta o Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes.
4. Efectuar control previo de constitucionalidad
5. Efectuar control automático de constitucionalidad (...)
6. Efectuar control concreto de constitucionalidad en los casos de consultas formuladas por los jueces.
7. Conocer y resolver peticiones de medidas cautelares, solicitadas dentro de los procesos puestos a su conocimiento (...)
8. Conocer y resolver las acciones de Garantías Jurisdiccionales de los derechos (...)

derechos personal, colectiva y hasta difusa, por acción u omisión, en el segundo caso, procede la acción de inconstitucionalidad cuando no existiendo violación de derechos, la política contraviene algún precepto constitucional, el elemento que distingue la acción de protección y la acción pública de inconstitucionalidad es el efecto en los derechos “*si hay violación a un derecho constitucional, acción de protección, si hay violación a norma constitucional que no reconoce un derecho, acción de inconstitucionalidad*”.¹²⁷

A manera de cierre expresaremos que, las competencias delegadas a la Corte Constitucional para el período de transición son exactamente las mismas entregadas a la nueva Corte Constitucional en noviembre del 2012, por cuanto dentro de la Constitución no se limita las competencias de la extinta Corte Constitucional para el período de transición inclusive muchos de los jueces de transición ahora se encuentran en el nuevo organismo constitucional por lo que no ha habido mayores cambios tanto en la estructura organizacional como en sus competencias.

2.2 Formas de Control Constitucional

Como hemos señalado al inicio de este apartado, el control constitucional, como se concibe en la actualidad constituye el resultado de la evolución de dos principios fundamentales en materia constitucional el Principio de Supremacía de la Constitución y el Principio de Fuerza Normativa, estos principios conexos entre sí han generado la aparición de dos modelos de control constitucional el sistema difuso o abstracto y el sistema concentrado o concreto.¹²⁸

Previamente a determinar el alcance y la naturaleza jurídica de dichos mecanismos de control constitucional, así como a esclarecer si dentro de nuestro sistema constitucional existe únicamente el control concreto de constitucionalidad o no, es menester referirnos a los orígenes remotos de los modelos de control constitucional expresados previamente. Así, la doctrina constitucional afirma que el apareamiento del control constitucional actual se derivan de la aplicación de dos modelos específicos: el americano y el europeo.

¹²⁷ Ramiro Ávila Santamaría, *La garantía jurisdiccional: la exigibilidad de los derechos del buen vivir*, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2012, pág. 241.

¹²⁸ Carolina Cinthia Duarte y otros, *Control de constitucionalidad concentrado y difuso*, <http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/duarte.pdf>, Acceso: 07 de septiembre de 2014, Hora: 13:00

El sistema americano o anglosajón, encuentra su antecedente en el siglo XVII, en Inglaterra, donde el famoso juez Sir Edward Coke, entonces presidente del Tribunal Superior de Inglaterra, establece la doctrina primigenia del respeto y supremacía de la Constitución (Common Law) sobre cualquier otra institución (Rey, Parlamento), empero, esta idea fue duramente criticada por el Parlamento Británico, el cual consideraba que se interponía con la verdadera soberanía popular que recaía sobre las cámaras parlamentarias.¹²⁹

La idea de la supremacía de un texto político por encima de los cuerpos colegiados de representación popular o inclusive sobre la voluntad de Dios, constituyeron los grandes limitantes para que los estados europeos rechazaren la teoría de que los jueces puedan inaplicar leyes si estas atentasen los principios emanados de las cartas políticas fundamentales, adicionalmente se debe reconocer que Europa por su tradición histórica se mostraría reacia a entregar tan importante atribución a una autoridad distinta que no fuera el poder legislativo o el Rey.

Sin embargo, las ideas de Coke fueron apreciadas en Norteamérica, en 1803 dentro del famoso caso de Marbury Vs. Madison en donde se destacó la supremacía de la Constitución al manifestar el Juez Marshall que: *“una ley contraria a la Constitución no constituye derecho”*.¹³⁰ Adicionalmente mediante esta jurisprudencia se instituyó la facultad de los jueces para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, bajo la lógica de la Constitución es la única que puede controlar a cualquier ley contraria a ella, y no la función legislativa. Es así como surge el modelo norteamericano de control difuso de constitucionalidad, ejercido a través de los jueces los únicos encargados a resguardar la Constitución, mediante la interpretación de las normas inferiores.¹³¹

Acorde con Juan Francisco Guerrero del Pozo, el modelo anglosajón se caracteriza por ser difuso, concreto, a posteriori y primordialmente incidental,¹³² es decir que, cualquier juez o tribunal posee la potestad de apreciar y juzgar la constitucionalidad de las leyes, empero, sus resoluciones solamente gozan de efectos interpartes dentro de

¹²⁹ Cfr, Eduar Rubio Barboza, *Control Constitucional: El Sistema Difuso de Constitucionalidad* http://www.derechoycambiosocial.com/revista025/control_constitucional.pdf, Acceso: 07 de septiembre de 2014, Hora: 11:56.

¹³⁰ Ob. Cit, Juan Francisco Guerrero del Pozo, *Aproximación al Control Abstracto en el Ecuador. La acción de Inconstitucionalidad*, pág.5

¹³¹ Cfr, Id.

¹³² Cfr, Id.

un caso concreto, dejando intacta la potestad de la Corte Suprema de Justicia para que esta se pronuncie definitivamente sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma jurídica.

En resumen, el control abstracto de constitucionalidad de las normas, tiene su aparición dentro del sistema norteamericano, por el cual se confía a los jueces la potestad de realizar un control de constitucionalidad de las normas en los casos que se encuentren tramitando, es un control que nace de la actividad judicial y de la preparación del juez de las normas que se encuentra aplicando.

Por otra parte, a inicios del siglo XIX en Europa se da un proceso de continuo cambio político, nuevos poderes emergen, otros estados comienzan a organizarse en federaciones, en toda esta transición el aporte que dio el jurista austriaco Hans Kelsen revolucionaría el sistema constitucional de muchos países incluido el nuestro.¹³³

Dentro de su famosa obra “Teoría Pura del Derecho” Hans Kelsen afirma la existencia de una pirámide jurídica, promoviendo una escala jerárquica de las diversas normas que componen un sistema jurídico determinado, frente a este vasto sistema Kelsen esboza la importancia de constituir un órgano especializado de última instancia, competente de evitar la potencial generación de jurisprudencias contrapuestas entre los distintos jueces, así como pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de las normas jurídicas.¹³⁴ Este sistema nace en las primeras décadas del siglo XX, con la Constitución austríaca de 1920 que crea el Tribunal Constitucional.

En el sistema de control constitucional concentrado, las normas inconstitucionales no podrán ser declaradas inválidas por cualquier juez aunque existiesen pruebas fehacientes de su invalidez, esta atribución es privativa de los tribunales o cortes constitucionales, los cuales podrán tener conocimiento por cualquier juez que tenga dudas sobre el alcance e interpretación de una norma en específico, esto genera, como consecuencia mayores limitaciones para los operadores de justicia, los cuales dependerán de las resoluciones vinculantes de la Corte Constitucional de carácter *erga homes* para proseguir con la causa que está bajo su conocimiento.

¹³³ María Balagure Callejón: *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*, Madrid, Editorial Tecnos S.A, 1997, pág. 63.

¹³⁴ Cfr, Id.

Frente a estos dos modelos, hasta cierto punto contrapuestos, se ha generado a partir de las últimas décadas un fenómeno jurídico tendiente a unificar los dos sistemas, tomando los aspectos sobresalientes de ambos sistemas creando diversos sistemas como el mixto y el paralelo.¹³⁵

En el caso del Ecuador, a partir de la promulgación de la Constitución del 2008 la Corte Constitucional ha adquirido nuevas competencias, mecanismos, para salvaguardar la supremacía de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico, si bien en este desarrollo se ha fortalecido el papel de la Corte, empero, en relación con el Control difuso de constitucionalidad hemos de advertir que la competencia que tenían los tribunales y jueces para conocer cualquier asunto de carácter constitucional, este ha sido limitado con la nueva Constitución, a pesar de que en su Art. 428 dispone que “cuando un juez de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional” muchos doctrinarios como Agustín Grijalva opinan que esto no constituye una limitación al control difuso de constitucionalidad por cuanto “los artículos 425 y 426 de la nueva Constitución mantienen los jueces la facultad de inaplicar normas constitucionales”.¹³⁶ Consecuentemente “La Ley Orgánica de Control Constitucional y la jurisprudencia deberán clarificar en qué casos los jueces pueden o deben optar por la suspensión o la inaplicabilidad”.¹³⁷ Al respecto, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional respecto del “control abstracto de constitucionalidad” dentro de su Art. 145 ha manifestado que:

“Cualquier juez de oficio o a petición de parte, inaplicará una norma jurídica cuando tenga certeza de su inconstitucionalidad y remitirá un informe a la Corte Constitucional para que resuelva con efectos generales y abstractos. La jueza o juez solo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la

¹³⁵ Ob. Cit Juan Francisco Guerrero del Pozo, *Aproximación al Control Abstracto en el Ecuador. La acción de Inconstitucionalidad*, pág. 8

¹³⁶ Ob. Cit, Agustín Grijalva Jiménez, *Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional*, pág. 268

¹³⁷ Cfr, Id.

Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia el proceso seguirá sustanciándose presumiéndose la constitucionalidad de la norma. Si la Corte resolviese luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto jurídico retroactivo pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o una resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional. No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por el juez es resuelta en sentencia” (lo resaltado fuera de texto).

El referido articulado nos transporta inmediatamente a la siguiente pregunta: ¿el control constitucional en el Ecuador es concentrado o difuso? Para contestar a esta pregunta es necesario referirnos a la sentencia emitida por la Corte Constitucional No. 001-13-SCN-CC donde se solicita el control concreto de constitucionalidad sobre el procedimiento de excepciones a la coactiva reglado tanto dentro del Código de Procedimiento Civil y aquel regulado dentro de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Al respecto; y, dentro del tema que nos atañe la Corte Constitucional determina la importancia del control concreto de constitucionalidad al manifestar que, mediante este mecanismo se busca “*garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales*”.¹³⁸ Sin embargo, dentro del análisis constitucional, la Corte determina que si bien de manera general los jueces están facultados por la Constitución a aplicar las normas constitucionales de manera directa sin necesidad de una posterior ley, empero, en el caso de que el juez en conocimiento de un caso considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución, este tiene la obligación de suspender la causa y remitir la consulta a la Corte Constitucional tal como lo establece el Art. 428 de la Constitución en concordancia con los Arts. 141 y 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

¹³⁸ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 001-13-SCN-CC, Registro Oficial No. 890 de fecha miércoles 13 de febrero del 2013.

Esta obligación de remisión exigida para los jueces, constituye el fundamento para que la Corte declare que *“En el Ecuador existe únicamente el control concentrado de constitucionalidad”*¹³⁹ correspondiendo a la *“Corte Constitucional la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma y su consecuentemente invalidez”*¹⁴⁰ Al respecto la Corte considera que si bien las juezas y jueces tienen la obligación de advertir la existencia de normas contrarias a la Constitución, su función se limita a remitir sus dudas ante la Corte Constitucional para que sea esta, y solamente esta aquella que se pronuncie al respecto de su constitucionalidad tal como prescribe el artículo 75 de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.¹⁴¹

Dentro del análisis constitucional la Corte, incluso contradice el postulado emitido por el tratadista Agustín Grijalva relativo a la posibilidad de los jueces de inaplicar normas legales cuando exista certeza por parte del juez de su inconstitucionalidad, ya que afirma, enfáticamente que: *“si bien las juezas y jueces tienen la obligación de advertir la existencia de disposiciones normativas contrarias a la Constitución, siempre deben consultar a la Corte Constitucional (...) bajo ningún concepto, ante la certeza de inconstitucionalidad de una disposición normativa, un juez podría aplicarla directamente dentro del caso concreto, pues siempre debe, necesariamente elevar la consulta ante la Corte”*.¹⁴²

¹³⁹ Cfr, Id.

¹⁴⁰ Cfr, Id.

¹⁴¹ Art. 75 Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: para ejercer el control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional será competente para:

1. Resolver las acciones de inconstitucionalidad en contra de:

a) Enmiendas y reformas constitucionales.

b) Resoluciones legislativas aprobatorias de tratados internacionales.

c) Leyes, decretos leyes de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley.

d) Actos normativos y administrativos con carácter general.

2. Resolver las objeciones de inconstitucionalidad presentadas por la Presidenta o Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes.

3. Ejercer el control de constitucionalidad en los siguientes casos:

a) Proyectos de reformas, enmiendas y cambios constitucionales.

b) Convocatorias a referendo para reforma, enmienda y cambio constitucional.

c) Decretos que declaren o que se dictan con fundamento en los estados de excepción.

d) Tratados internacionales.

e) Convocatorias a consultas populares, excepto aquellas en las que se consulta la revocatoria del mandato.

f) Estatutos de autonomía y sus reformas.

4. Promover los procesos de inconstitucionalidad abstracta, cuando con ocasión de un proceso constitucional, encuentre la incompatibilidad entre una disposición jurídica y las normas constitucionales.

¹⁴² Cfr, Id.

Para la Corte, el control difuso previo, que se reconocía en la Constitución Política de 1998 a los jueces, se encuentra vedado con la promulgación de la nueva Constitución, además para que un juez pueda plantear una consulta ante la Corte Constitucional y suspender un procedimiento en el que tiene conocimiento, debe existir *duda razonable y motivada* de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos,¹⁴³ es decir, que frente a una duda razonable el juez deberá agotar inicialmente los mecanismos de interpretación constitucional y una vez que no exista ningún fundamento para poder subsumir la norma correctamente a los presupuestos facticos, solamente en tal caso, el juez deberá recurrir a la Corte Constitucional como última instancia.

Como tercer punto la Corte formula tres presupuestos esenciales para que una consulta de norma dentro del control concreto de constitucional pueda ser remitida ante su judicatura, los cuales son: 1) La identificación del enunciado normativo pertinente cuya constitucionalidad se consulta, este requisito hace referencia a la obligación de los jueces de remitir la disposición normativa aplicable al caso concreto que consideren inconstitucional, 2) La identificación de los principios o reglas constitucionales que se presumen infringidas, lo cual significa que el juez aparte de señalar la norma inconstitucional debe compararla con los principios constitucionales supuestamente contrario a la Constitución; y 3) Explicación y fundamentación de la relevancia de la norma puesta en duda la cual constituye el punto neurálgico de la consulta, es en este momento donde el juez detalla y describe de manera pormenorizada y sistemática las razones por las cuales el precepto normativo es indispensable para la resolución en un proceso judicial, es decir, que la referida normativa alegada como inconstitucional es necesaria para continuar el proceso o decidir la cuestión.¹⁴⁴

Estos presupuestos referidos previamente constituyen los requisitos esenciales que la Corte solicita como elementos estructurales de las acciones constitucionales correspondientes.

¹⁴³ Cfr, Id.

¹⁴⁴ Cfr, Id.

La Corte Constitucional, por otra parte, y , mediante la Sentencia 001-13-SCN-CC¹⁴⁵, determinó que la consulta de norma o control concreto de constitucionalidad, es un proceso sujeto a admisión previa, por lo tanto, es facultad y potestad de la Sala de Admisión, (la cual debería estar integrada por 3 juezas o jueces que actúen de manera rotativa, los cuales serán designados previo sorteo efectuado en el pleno de la Corte Constitucional) conocer, calificar y decidir sobre la admisibilidad de la causa, siempre y cuando se haya realizado el sorteo respectivo del proceso.¹⁴⁶

Posteriormente se remitirá el proceso al juez ponente para que sea este quien elabore una ponencia de admisión la cual será puesta a consideración de la Sala, pronunciándose sobre la admisibilidad de la consulta. Por otro lado, ha de expresarse que la Ley de Garantías Jurisdiccional y Control Constitucional establece los principios generales que deben ser observados al momento de que el juez realice el control abstracto de constitucionalidad siendo estos: 1) el control integral, 2) la presunción de constitucionalidad, 3) in dubio pro legislatore, 4) permanencia de las disposiciones del ordenamiento jurídico, 5) interpretación conforme, 6) declaratoria de inconstitucionalidad como último recurso, 7) la instrumentalidad de las formas y procedimientos, 8) el control constitucional de normas derogadas y 9) la configuración de la unidad normativa.¹⁴⁷

Estos principios recogidos dentro de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional más que mecanismos de optimización de los derechos, constituye un proceso reglado, en el mejor de los casos un conjunto de reglas que permitirían generar una respuesta adecuada al problema presentado, en tal sentido el principio de control integral hace referencia a que la norma acusada de inconstitucionalidad deba ser examinada en conjunto con sus pares, por otra parte la presunción de constitucionalidad, como su nombre lo dice, obliga al juez constitucional a presumir que las normas jurídicas son efectivamente constitucionales, el tercer principio se concatena con su antecesor en el sentido de que, si existe duda sobre la constitucionalidad de una disposición jurídica se deberá optar por no declarar la inconstitucionalidad de esta, por otra parte los principios

¹⁴⁵ Corte Constitucional, *Sentencia N° 001-13-SCN-CC*
http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/2S-ro_890_Gaceta_Const_001.pdf,
Acceso: 09 de septiembre de 2014, hora: 1520.

¹⁴⁶ Cfr, Gabriela D'Ambrocio, *Control concreto de constitucionalidad*
<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2013/11/28/control-concreto-de-constitucionalidad>, Acceso: 09 de septiembre de 2014, Hora: 15:29.

¹⁴⁷ Art. 76 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

de permanencia de las disposiciones del ordenamiento jurídico, interpretación conforme y la declaratoria de inconstitucionalidad como último recurso constriñen el campo de actuación del juez constitucional, por cuanto no se le es permitido expulsar la norma constitucional a menos que sea notablemente inconstitucional, precisamente los referidos principios son muy enfáticos en obligarle al juez a no declarar la inconstitucionalidad de la norma, debiendo generar una nueva interpretación (principio de interpretación conforme), o cuando *no exista otra interpretación que permita adecuar la norma al ordenamiento* (principio de inconstitucionalidad como último recurso). Sin embargo, ¿Que sucede cuando la norma si bien puede tener un fin legítimo (para el estado) violenta otros derechos constitucionales con su aplicación? ¿Cabría generar una interpretación antojadiza a favor de defender una norma contraria a los principios constitucionales? ¿Se podría deformar la norma (de manera formal) para que esta pueda gozar de constitucionalidad? ¿Por qué los *principios* no dan preponderancia a los supuestos facticos presentados al juez y que forman parte de un adecuado razonamiento dentro de la sentencia? ¿Dentro del control abstracto de constitucionalidad se debe necesariamente prescindir de los elementos facticos?, estas preguntas son conclusiones que se derivan de la lectura de los principios enmarcados dentro del Art. 76 de la referida norma, es evidente que una norma cuando es inconstitucional debe ser expulsada, sin más detenciones del ordenamiento, empero, estos principios muestran el latente recelo preponderante dentro de los legisladores en que sus normas sean revisadas por parte del organismo técnico constitucional, al establecer *principios* restrictivos al ejercicio lógico del juez constitucional.

Retornando a los elementos formales que revisten dentro del control de constitucionalidad, se ha determinado que si bien, el Art. 428 de la Constitución establece que la Corte Constitucional resolverá sobre la constitucionalidad de la norma en un plazo no mayor a 45 días, no obstante, el plazo no comienza a contarse desde el momento en que se remite el expediente en consulta, sino que; y de conformidad con lo que estipula el Art. 8 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, este plazo, deberá ser aplicado a la fase de impulsión judicial, que se inicia a partir del día siguiente al que el expediente se encuentre listo para la decisión de las

distintas Salas, es decir, se cuenta a partir del siguiente día del comúnmente conocido como el “avoco de conocimiento”.¹⁴⁸

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, determina que, si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el proceso deberá necesariamente seguir sustanciándose, lo cual, en la praxis es inejecutable.

En efecto, tal disposición es inejecutable por cuanto los expedientes de las causas que sobre las cuales se ha efectuado la consulta de constitucionalidad, han sido remitidos a la Corte Constitucional, por lo tanto los jueces no cuentan con los elementos necesarios para continuar con el trámite. Un ejemplo que pone en evidencia esta realidad, es el sinnúmero de casos de consulta de norma presentados respecto de la Ley de Fomento Ambiental y Optimización de los Ingresos del Estado (Disposición Cuarta y otras para el Cobro Eficiente de las Acreencias del Estado por la cual se determina el pago de una caución para el acceso a instancias jurisdiccionales superiores), las mismas que datan del año 2011 y que hasta la presente fecha no son resueltas, encontrándose los procesos judiciales en status de “suspendidos”.¹⁴⁹

Por lo expuesto, dentro de nuestro sistema jurídico el control difuso de constitucionalidad ha sido expresamente derogado por la Corte Constitucional dentro de sus sentencias vinculantes, dejando como único sistema de control al modelo concentrado europeo de constitucionalidad. Sin embargo, la doctrina constitucional establece que dentro del sistema de concentrado existe una especie de control abstracto de constitucionalidad de las normas, mediante la acción de inconstitucionalidad mecanismo de control abstracto por antonomasia que le corresponde conocer a la Corte Constitucional.¹⁵⁰ Esta forma de control constitucional concreto se dice que es *abstracto* por cuanto rige con efectos jurídicos generales y a futuro, sin embargo no guarda ninguna relación con el sistema de control constitucional difuso pregonado por los sistemas jurídicos del *Common Law* (Inglaterra y Estados Unidos).¹⁵¹

¹⁴⁸ Cfr, Id.

¹⁴⁹ Cfr, Id.

¹⁵⁰ Ob. Cit,

¹⁵¹ Juan Francisco Guerrero del Pozo, *Aproximación al Control Abstracto en el Ecuador. La acción de Inconstitucionalidad*, pág. 18

La acción de inconstitucionalidad, en cuanto a la oportunidad, es una modalidad de control *a posteriori*, es decir, que se lo ejerce una vez que la norma ha sido promulgada y está vigente.¹⁵² Regulada dentro de los cuatro literales del Art. 75 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ya que se establece como actos y normas impugnables vía acción de inconstitucionalidad: a) las enmiendas y reformas constitucionales; b) las resoluciones legislativas aprobatorias de tratados internacionales; c) las leyes, decretos leyes de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley; y, d) los actos normativos y administrativos con carácter general.¹⁵³

Así la Corte Constitucional posee la herramienta por la cual puede iniciar los controles abstractos de constitucional de normas jurídicas supuestamente inconstitucionales, sin embargo, el nombre de abstracto se da por cuanto la Corte no pretende emitir una resolución exclusivamente para los accionantes, sino que, lo hace de manera abstracta general y con efectos erga homines, por tal razón, este mecanismo ha recibido el nombre de control de constitucionalidad abstracto.

A manera de cierre diremos que si bien la Corte Constitucional ha vedado a los jueces la facultad de inaplicar normas certeramente inconstitucionales, ello no significa que el sistema de control constitucional difuso haya sido expulsado del todo dentro de nuestro sistema jurídico; hemos advertido al inicio de este apartado que las nuevas reformas constitucionales pretenden la mayor satisfacción de los derechos de las

¹⁵² Al respecto debe manifestarse que la acción de inconstitucionalidad se ejerce mediante una demanda que, acorde con el Art. 79 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional deberá contener lo siguiente:

1. La designación de la autoridad ante quien se propone.
2. Nombre completo, número de cédula de identidad, de ciudadanía o pasaporte y domicilio de la persona demandante.
3. Denominación del órgano emisor de la disposición jurídica objeto del proceso; en el caso de colegislación a través de sanción, se incluirá también al órgano que sanciona.
4. Indicación de las disposiciones acusadas como inconstitucionales.
5. Fundamento de la pretensión, que incluye:
 - a) Las disposiciones constitucionales presuntamente infringidas, con especificación de su contenido y alcance.
 - b) Argumentos claros, ciertos, específicos y pertinentes, por los cuales se considera que exista una incompatibilidad normativa.
6. La solicitud de suspensión provisional de la disposición demandada debidamente sustentada, cuando a ello hubiere lugar; sin perjuicio de la adopción de otras medidas cautelares conforme la Constitución y esta Ley.
7. Casillero judicial, constitucional o correo electrónico para recibir notificaciones.
8. La firma de la persona demandante o de su representante, y de la abogada o abogado patrocinador de la demanda.

¹⁵³ Cfr. Id.

personas, por lo que, en los casos particulares un adecuado uso de los principios constitucionales y de los instrumentos internacionales de derechos humanos podrán subsanar a aquellas normas inconstitucionales relegándolas de su quehacer judicial diario

Por efecto de lo establecido en el artículo 436 de la Constitución de la República del Ecuador, en el sistema constitucional ecuatoriano, se determina como atribución de la Corte Constitucional los controles abstracto y concreto de constitucionalidad; que tienen por objeto:

a) garantizar la constitucionalidad de todo el proceso de producción normativa en el Ecuador, tanto desde el punto de vista formal y procedimental, como desde el material, control abstracto; y, también el concreto referido a situaciones en las que un juez tiene dudas razonables y motivadas de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables a los reconocidos en la Constitución, deben suspender la tramitación de la causa y remitirlo a consulta de la Corte Constitucional a fin de que éste último órgano resuelva sobre la constitucionalidad de la norma.¹⁵⁴

En nuestro caso la Corte Constitucional, anteriormente, el Tribunal Constitucional, como máximos guardianes e intérpretes de la Constitución, son los encargados de llevar adelante el *control de constitucionalidad*, labor que a decir de José Antonio Rivera Santiváñez¹⁵⁵ lo desempeñan por la vía correctiva o *a posteriori*, a través de la acción de inconstitucionalidad, sea de manera directa o indirecta, emitiendo sentencia anulatoria de la disposición legal inconstitucional, con alcance erga omnes y con efecto derogatorio o abrogatorio de la norma, según el caso, y de otro lado por la vía preventiva o *a priori*, a través de las consultas que se le planteen sobre la constitucionalidad de la ley, decretos o resoluciones no judiciales; también ejerce el control tutelar de los derechos fundamentales, y el control del ejercicio del poder político.

¹⁵⁴ Exposición de Motivos para la expedición de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, remitida a la Asamblea Nacional, por el Econ. Rafael Correa D. Presidente de la República, en calidad de proyecto. Oficio T. 4431- SGJ-09-1491 de 10 de junio de 2009. . referencia 6 de abril del 2012, disponible en Word Wide Web. www.derechoecuador.com

¹⁵⁵ Ob. Cit, Rocío Aguinaga Aillón, *La Modulación y Efectos de las Sentencias sobre demandas en Acciones de Inconstitucionalidad*.

La naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional a criterio del citado ex-magistrado boliviano Rivera Santiváñez,¹⁵⁶ radica en que es el más alto y máximo Tribunal encargado del control concentrado de constitucionalidad y la interpretación jurisdiccional de la Constitución.

Ejerce control sobre todos los actos, resoluciones y decisiones de los tres órganos de poder; por lo mismo, en su labor jurisdiccional, es independiente de cualquier otra autoridad estatal, es decir, colocado fuera del alcance de los poderes públicos cuyos actos controla; por lo que sólo está sometido a la Constitución.

Las decisiones y resoluciones del Tribunal Constitucional son de obligatorio cumplimiento, asimismo la jurisprudencia establecida a través de sus fallos, sobre la base de la interpretación de la Constitución y de las leyes, desde y conforme a la Constitución, son vinculantes para todos los órganos de poder del Estado, así como para los funcionarios y autoridades.¹⁵⁷

El mismo autor, a tiempo de precisar la naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional, nos hace conocer que la misión fundamental del Tribunal Constitucional es la de preservar el sistema constitucional, como base esencial del régimen democrático y la convivencia pacífica, el resguardo y protección de los derechos fundamentales para garantizar el ejercicio pleno de los mismos, y el control del ejercicio del poder político para que el mismo se efectúe en el marco del equilibrio que garantice la paz social, todo ello en la búsqueda de la consolidación del Estado Social y Democrático Constitucional.

¹⁵⁶ Cfr, Id.

¹⁵⁷ Al respecto el Art. 96 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ha establecido los efectos de la sentencia del control constitucional en el siguiente sentido: Las sentencias que se dicten sobre las acciones públicas de inconstitucionalidad surten efectos de cosa juzgada, en virtud de lo cual:

1. Ninguna autoridad podrá aplicar el contenido de la disposición jurídica declarada inconstitucional por razones de fondo, mientras subsista el fundamento de la sentencia.
2. Cuando la sentencia que desecha la demanda de inconstitucionalidad ha estado precedida de control integral, no se podrán formular nuevas demandas de inconstitucionalidad contra el precepto acusado, mientras subsista el fundamento de la sentencia.
3. Cuando la sentencia no ha estado precedida de un control integral, no se podrán formular nuevas demandas de inconstitucionalidad contra el precepto acusado con fundamento en los cargos analizados en la sentencia, mientras subsista el fundamento del juicio de constitucionalidad.
4. Las sentencias producen efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, y la plena vigencia de los derechos constitucionales.

Las decisiones adoptadas en la Jurisdicción Constitucional -según opinión de José Antonio Rivera Santiváñez,¹⁵⁸ tienen una trascendental importancia, en razón de que -y a diferencia de las decisiones emitidas en la jurisdicción ordinaria que ponen fin a un litigio entre particulares o de éstos con el Estado respecto a la disputa de un mismo derecho entre las partes-, dichas decisiones modifican el ordenamiento jurídico del Estado, delimitan el ámbito de competencias de los órganos del poder público, o en su caso restablecen los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas.

En efecto, a partir de una interpretación de las normas establecidas por la Constitución, así como la interpretación de las leyes desde y conforme con la Constitución, la Jurisdicción Constitucional puede anular las leyes, decretos o resoluciones (en el modelo kelseniano de control de constitucionalidad), o puede mantenerlas vigentes, logrando una interpretación acorde con la Constitución, así también puede sustituir una norma por otra, -como se explicará más adelante-, adherir a la disposición legal una norma cuya omisión la hacía incompatible con la Constitución (esto en el moderno modelo asumido por varios Tribunales Constitucionales).

A modo de cierre, señalaremos que, dentro de nuestro sistema constitucional se ha reconocido el control concreto de la constitucionalidad de las normas que componen el ordenamiento jurídico exclusivamente a la Corte Constitucional, cuya competencia se ha establecido dentro del Título III de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, con el fin de *“garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico”*.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Pedro Sagüés, *Justicia Constitucional y Control de la Ley en América Latina, en la Justicia Constitucional en la Actualidad*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2002. pp. 33-34

¹⁵⁹ Artículo 74 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

CAPITULO III

SENTENCIA N.º 030-SCN-CC QUE ABSUELVE LA CONSULTA DE CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 7 DE LA LEY REFORMATORIA PARA LA EQUIDAD TRIBUTARIA DEL ECUADOR

*“(...) Quienes estimen que actuaciones como estas son legítimas y justificables insisten en poner en tela de duda la trascendencia del respeto a la Constitución, de la independencia y de la imparcialidad de la Función Judicial, tres de los elementos esenciales del Estado Constitucional de derechos y de justicia (...) la sensación de indefensión que estos pronunciamientos nos han generado, ha vivificado entre nosotros un dilema recurrente (...) ¿Quién custodia al custodio?”*¹⁶⁰

Conforme los lineamientos generales que hemos expuesto dentro de la presente tesis, nos corresponde, en este momento iniciar el apartado medular de nuestra investigación, denotando así la trascendencia de haber analizado previamente los conceptos integrales de lo que se debe entender por el derecho de motivación de las resoluciones judiciales, así como también los elementos formales y axiológicos que deben contenerse dentro de una decisión jurisdiccional.

Desde cualquier óptica que se pretenda observar, no se puede menoscabar la gran influencia que la Constitución ha reconocido a la Corte Constitucional, la cual a más de crear e interpretar los preceptos constitucionales, constituye, el primer garante del

¹⁶⁰Cfr, Oswaldo Santos Dávalos, *Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador sobre la constitucionalidad de la obligación del afianzamiento tributario*, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2982/1/09-Jurisprudencia.pdf>, Acceso: 07 de octubre del 2014, Hora: 10:55.

amplio espectro de derechos y libertades reconocidos a todos los ciudadanos mediante el bloque de constitucionalidad ecuatoriano.

Esta actividad, de creación y desarrollo, emanada de la Corte Constitucional siempre debe propender a una adecuada conjugación de los principios y derechos constitucionales que pretende proteger, así como el adecuado sustento normativo y lógico para fundamentar sus resoluciones, las cuales constituyen el único mecanismo de legitimidad dentro de la esfera social ecuatoriana.

Lastimosamente, en términos de producción constitucional, la Corte ha visto, en más de una ocasión, una creciente discrepancia política y jurídica en cuanto a la calidad de sus resoluciones; esta situación ha dejado en entredicho la imparcialidad de este organismo jurisdiccional así como la creciente limitación política que ha afectado notoriamente la independencia judicial en los últimos años.¹⁶¹

Más allá de los cuestionamientos generados tanto desde grupos de oposición política como de la academia, es innegable que muchas de las resoluciones jurisdiccionales emanadas por la Corte tanto en su actividad de interpretación como en la creación y armonización de las normas legales a los preceptos constitucionales, carecen de los postulados esenciales del sistema constitucional garantista; y, específicamente, en el caso que nos atañe el impacto negativo más notorio en el tema del *afianzamiento tributario* ha encontrado su punto álgido con la expedición de la sentencia No. 030-SCN-CC de fecha 02 de diciembre del 2010.

La relevancia de la referida sentencia, específicamente en materia procesal tributaria, radica en que por primera vez, se zanja definitivamente el carácter y la aplicación del antiguo principio tributario del *solve et repete*, principio que, exigía a los contribuyentes un pago anticipado a la Administración Tributaria, para incoar los procesos contenciosos fiscales a los que se crea asistido el administrado¹⁶²; por lo expuesto, este

¹⁶¹ Cfr, Agustín Grijalva, *Independencia Judicial y Derechos en Ecuador* <http://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/3570/1/RFLACSO-E83-03-Grijalva.pdf>, Acceso: 07 de octubre de 2014, Hora: 10:32.

¹⁶² Acorde con José Vicente Troya, citado por Oswaldo Santos Dávalos, hasta el año de 1959, fecha en la que se crea el Tribunal de lo Fiscal, los sujetos pasivos si debían pagar la totalidad de la obligación tributaria previo a impugnar el acto de determinación respectivo. Así desde 1959 hasta la entrada del Código Tributario en 1975 ya no se exigía el pago del tributo para impugnar la

principio, severamente criticado dentro de la academia, fue definitivamente resuelto dentro de la sentencia que analizaremos en posteriores líneas, empero, a pesar del escaso tratamiento que da la Corte a un tema tan delicado como el mencionado, si resulta desconcertante, por parte de la academia, la falta de una oportuna interpretación integral de la Constitución, y más aún, que dentro de la gran mayoría de ordenamientos jurídicos de los países, este concepto ha sido declarado como *inconstitucional y atentatorio* al derecho al acceso a una tutela judicial expedita e imparcial.

El principio *solve et repete* por su naturaleza controvertida, no debió prescindir de un enfoque integral de los valores, reglas, principios y la voluntad de los constituyentes, así como también, este debió guardar respeto a los estándares internacionales de derechos humanos, es por ello que, indudablemente este trabajo debió abarcar un gran acápite de sus contenidos hacia el derecho constitucional y los derechos esenciales en el debido proceso, con el fin de poder generar conclusiones sólidas y fundamentadas sobre el alcance de la referida sentencia.

Consecuentemente, y con el objetivo de tener una clara idea del principio del afianzamiento tributario, así como su alcance y su aparente fundamentación constitucional, es menester generar un apartado dedicado exclusivamente al análisis de la regla del *solve et repete* y su relación con el afianzamiento tributario dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Para el tratadista ecuatoriano Oswaldo Santos Dávalos, cuando nos referimos a la naturaleza jurídica del afianzamiento tributario siempre se generará cuestionamientos relativos a su constitucionalidad así; *“La obligación de afianzamiento fue merecedora de fuertes críticas desde el momento mismo de su gestación. Asambleístas constituyentes y el Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario manifestaron sus reparos a la aprobación del artículo que la consagra, dado que, en su decir, la inconstitucionalidad de la que adolece es flagrante”*.¹⁶³

actuación de la administración, simplemente en estos casos el acto no se suspendía, a partir del 2009 cuando se expide la Ley de Reformatoria para la Equidad Tributaria, incluso en esta norma no se exigía caución alguna para impugnar el acto correspondiente, en Oswaldo Santos Dávalos, *Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador sobre la constitucionalidad de la obligación del afianzamiento tributario*,

¹⁶³ Ob. Cit, Oswaldo Santos Dávalos, *Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador sobre la constitucionalidad de la obligación del afianzamiento tributario*, pág. 160.

Hasta este punto hemos revelado la naturaleza controversial de la obligación del afianzamiento tributario, sin embargo cabe preguntarnos ¿Cuál es el verdadero fundamento de esta figura tributaria? Así como también ¿Qué relación guarda el afianzamiento tributario con la regla *solve et repete*? Para ello diremos que, acorde con lo que menciona Philip Montesdeoca, el origen remoto del afianzamiento tributario aparece con la primigenia figura del *solve et repete*,¹⁶⁴ es decir que, la regla mencionada es la creadora del afianzamiento de las obligaciones tributarias conocidas en la actualidad, regla que, encontraría su origen en Roma, siendo una locución latina que significa *pague y repita*, o en otras palabras pague y después reclame, para Soler la regla *solve et repete* constituye la figura por la “*cual se condiciona la defensa en juicio de los derechos de los contribuyentes al pago previo de las sumas reclama por el organismo fiscal*”.¹⁶⁵

Para Fernando Garrido Falla, al referirse a la aplicación del *solve et repete* en el proceso contencioso fiscal este manifiesta enfáticamente que: “*La impugnación de cualquier acto administrativo que implique liquidación de un crédito a favor del Estado, solo es posible si el particular se aviene a realizar previamente el pago que se discute*”.¹⁶⁶ La referida doctrina, acorde con varios tratadistas del Siglo XX tales como Chiovenda, Mattiolo, Moffa, es la manifestación privilegiada reconocida judicialmente al Fisco, en efecto, así como el propio Estado posee privilegios procesales tales él no ser condenado en costas procesales, o un plazo mayor para interponer recursos, así también, el fisco inspirado en una necesidad imperante -*llamase interés público*-, no puede ser impedido, retardado, ni perturbado, en su necesidad recaudatoria de tributos, esta es la denominada teoría política de la regla *solve et repete*.¹⁶⁷

Compartimos el criterio vertido por parte de los tratadistas de la tesis política, por cuanto, no es propiamente un derecho del Estado la capacidad de exigir a sus súbditos el pago de ciertos tributos, concederle un derecho ante un organismo jurídico abstracto, dentro de la esfera de los derechos humanos, constituye un verdadero yerro jurídico, más aún cuando la legislación le ha reconocido amplias potestades para la recaudación de los

¹⁶⁴ Cfr, Philip Montesdeoca P, *El afianzamiento de las obligaciones tributarias de acuerdo con la Ley de Equidad Tributaria*, <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/22000/5368/1/T-PUCE-5594.pdf>, Acceso: 07 de octubre del 2014, Hora: 11:44.

¹⁶⁵ Cfr, Osvaldo Soler, *Derecho Tributario*, Editorial La Ley, 3ra edición, Buenos Aires, 2008, Pág. 316.

¹⁶⁶ Cfr, Fernando Garrido Falla. *Tratado de Derecho Administrativo*. Edición 4ª, Volumen I, Parte General. Instituto de Estudios Políticos. Madrid – España. 1966. P. 541

¹⁶⁷ Cfr, Diana Gabriela D'ambrocio, *La regla del “Solve et repete” en materia tributario: un privilegio procesal a favor del fisco*. <http://gabrielaambrocio.blogspot.com/>, Acceso: 08 de octubre del 2014, Hora:12:49.

respectivos tributos, por ejemplo, mediante procedimientos coactivos, es por estas reflexiones que desde nuestra perspectiva, consideramos el criterio de la teoría política como origen de la potestad recaudatoria, y como la consecuencia inmediata del afianzamiento tributario.

Si bien, en la actualidad la concepción clásica de la regla *solve et repete* ha sido abolida, esto no significa, que no se haya instaurado nuevos mecanismos para exigir el cumplimiento emanado por parte de la necesidad privilegiada del Estado de recaudar sus tributos, al respecto, debemos ser muy enfáticos sobre este punto, afirmando que, no existe propiamente diferencias practicas tanto en la regla del *solve et repete*, como en la figura del *afianzamiento tributario*, ya que el fin que persiguen las dos es la entrega de un pago anticipado ante la Administración Tributaria, para poder gozar el contribuyente del derecho a reclamar sobre una actuación de parte del fisco.¹⁶⁸

Como se ha señalado previamente, el afianzamiento tributario comparte muchas cualidades con la regla del *solve et repete*, la cual constituyó en su momento duras críticas a la finalidad y su naturaleza per se, empero a partir de la publicación de la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria, mediante Registro Oficial No. 242 de diciembre de 2007 y las posteriores reformas al Código Tributario, el afianzamiento tuvo plena validez jurídica, en efecto, si revisamos el artículo innumerado posterior al Art. 233 del Código Tributario, podremos encontrar la figura del afianzamiento, contenida en los siguientes puntos:

“Las acciones y recursos que se deduzcan contra actos determinativos de obligación tributaria, procedimientos de ejecución y en general contra todos aquellos actos y procedimientos en los que la administración tributaria persiga la determinación o recaudación de tributos y sus recargos, intereses y multas, deberán presentarse al Tribunal Distrital de lo Fiscal con una caución equivalente al 10% de su cuantía; que de ser depositada en numerario será entregada a la Administración Tributaria demandada”.

¹⁶⁸ Ob. Cit Philip Montesdeoca P, *El afianzamiento de las obligaciones tributarias de acuerdo con la Ley de Equidad Tributaria*, pág. 14.

Más allá de las grandes diferencias conceptuales existentes entre caución y afianzamiento, el tema que entraña el precitado artículo reviste de una importancia trascendental dentro del derecho a la tutela judicial, así como también al alcance de los privilegios-no derechos- que posee el Estado ecuatoriano en materia de recaudación de impuestos.

Un año después de la introducción de la tan polémica obligación tributaria por parte de los contribuyentes, el Ecuador aprobaba una nueva Constitución reformando íntegramente todos los elementos constitutivos del ordenamiento jurídico, orientados al garantismo, y la instauración de una nueva ideología jurídica, el Neoconstitucionalismo, así para Claudia Storini “(...)el nuevo texto constitucional amplía y fortalece el complejo entramado de garantías de los derechos, incrementando, por una parte, sus instrumentos de defensa, y especificando y desarrollando, el contenido de las garantías ya existentes”.¹⁶⁹

Bajo este nuevo marco constitucional, los cuestionamientos que se habían generado alrededor de la figura del afianzamiento tributario se tornaron muchos más potentes, siendo los propios tribunales distritales de lo fiscal, justamente la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia los que remitieron ante la Corte Constitucional, sendas consultas de constitucionalidad con el objetivo de que esta, como máximo órgano de interpretación de las normas frente a la constitución, se pronunciase sobre la validez de la obligación del afianzamiento.¹⁷⁰

Dentro del presente capítulo se examinarán las cuestiones jurídicas alegadas por la Corte Constitucional así como los principios que se pretendía tutelar con la sentencia referida, así como los soportes constitucionales para determinar si efectivamente el afianzamiento tributario, como una derivación de la regla *solve et repete*, limita o no el derecho al acceso a una tutela judicial efectiva, y las finalidades reconocidas por la Corte de la implementación del afianzamiento tributario, este análisis conjugará tanto los principios constitucionales como la motivación y el debido proceso estudiados a detalle dentro del primer capítulo, así como los requisitos formales y axiológicos reconocido para

¹⁶⁹ Claudia Storini, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en La nueva Constitución del Ecuador, Estado derecho e instituciones, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2009, p.187.

¹⁷⁰ Ob. Cit, Oswaldo Santos Dávalos, *Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador sobre la constitucionalidad de la obligación del afianzamiento tributario*, pág. 162

la promulgación de una sentencia constitucional, igualmente el alcance y la debida aplicación de las competencias que se le ha reconocido a la Corte Constitucional a partir de la expedición de la nueva Constitución en el año 2008.

La finalidad de este capítulo radica en determinar la carencia de motivación así como una inadecuada ponderación de los principios jurídicos englobados dentro de la consulta de constitucionalidad que motivó la expedición de la sentencia No. 030-SCN-CC la cual declaró que el requisito de rendir caución es válido siempre y cuando se le exija después de calificada la demanda respectiva.

3.1 Análisis jurídico de la motivación de esta sentencia.

Dice Agustín Grijalva que, para que una constituyente pueda generar verdaderos espacios de democracia es necesario que esta pueda desarrollar plenamente los derechos humanos, *repositivizándolos* dentro del sistema jurídico y político nacional, perfilándolo y regulando en sus líneas básicas.¹⁷¹

Lo antedicho implica comprender la verdadera naturaleza de la Corte Constitucional, ya que, esta al ser un órgano permanente de la voluntad del constituyente, es la llamada a integrar las normas jurídicas inferiores en respeto y desarrollo de los derechos humanos y constitucionales, ello nos da cuenta de la imposibilidad por parte de la Corte de restringir el pleno acceso y disfrute de los derechos fundamentales, peor aún mediante resoluciones que mermen el contenido constitucional y la voluntad del constituyente de potencializar a un máximo nivel los derechos constitucionales.

Como antecedentes, es menester mencionar que la sentencia emanada por la Corte Constitucional, para de una Consulta Constitucional formulada por los señores: Dr. Fernando Muga Jara, Ab. Andrés Piedra Pinto y Dr. Jorge Hernández Poveda, Jueces de la Tercera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario No. 2 de Guayaquil, quienes manifestaron a la Corte que:

“Que el ciudadano Enrique Javier Zavala Alarcón propuso demanda contencioso tributaria en contra del Servicio de Rentas Internas Regional Sur, por diferencias

¹⁷¹ Cfr, Agustín Grijalva Jimenez, *Constitucionalismo en Ecuador*, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2012, pág. 64.

en la declaración de impuesto a la renta del periodo fiscal 2006, demanda en la cual se dispuso el cumplimiento de lo ordenado en el artículo 7 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, pago de la caución del 10% del total del acto de determinación tributaria impugnado, lo que el actor consideró inconstitucional; por esta razón, los jueces de la Tercera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2 de Guayaquil, conforme lo previsto en el artículo 428 de la Constitución de la República, disponen la suspensión del trámite de la causa No. 2010-0055, (...)a fin de que se pronuncie sobre la constitucionalidad o no del artículo 7 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador”.¹⁷²

En consecuencia, la pretensión de los recurrentes se fundamentaba en que la Corte Constitucional se pronuncie acerca de la constitucionalidad del artículo 7 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, publicada en el tercer suplemento del Registro Oficial No. 242 del 29 de diciembre del 2007.¹⁷³

La Corte, previamente a pronunciarse sobre la solicitud de Consulta de Constitucionalidad del Art. 7 de La Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, plantea dos cuestiones jurídicas para determinar si el referido artículo es

¹⁷² Jurisprudencia N° 030-SCN-CC, Registro Oficial S. 359 Publicado: 10 de enero del 2011, Fecha Emisión: 02 diciembre del 2010

¹⁷³ El artículo 7 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, publicada en el tercer suplemento del Registro Oficial No. 242 del 29 de diciembre del 2007, que dispone lo siguiente:

Artículo 7.- A continuación del art. 233 (del Código Tributario), agréguese el siguiente:

"Art. (...) Afianzamiento.- Las acciones y recursos que se deduzcan contra actos determinativos de obligación tributaria, procedimientos de ejecución y en general contra todos aquellos actos y procedimientos en los que la administración tributaria persiga la determinación o recaudación de tributos y sus recargos, intereses y multas, deberán presentarse ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal con una caución equivalente al 10% de su cuantía, que de ser depositada en numerario será entregada a la Administración Tributaria demandada.

La caución se cancelará por el Tribunal Distrital de lo Fiscal o Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia si la demanda o pretensión es aceptada totalmente, la que en caso de ser en numerario generará a favor del contribuyente intereses a la misma tasa de los créditos contra el sujeto activo. En caso de aceptación parcial el fallo determinará el monto de la caución que corresponda ser devuelta al demandante y la cantidad que servirá como abono a la obligación tributaria; si la demanda o la pretensión es rechazada en su totalidad, la Administración Tributaria aplicará el valor total de la caución como abono a la obligación tributaria.

Esta caución es independiente de la que corresponda fijarse por la interposición del recurso de casación, con suspensión de ejecución de la sentencia o auto y de la de afianzamiento para hacer cesar medidas cautelares y se sujetará a las normas sobre afianzamiento establecidas en este Código. El Tribunal no podrá calificar la demanda sin el cumplimiento de este requisito, teniéndose por no presentada y por consiguiente ejecutoriada el acto impugnado, si es que dentro del término de quince días de haberlo dispuesto el Tribunal no se la constituyere”.

constitucional o no. La primera cuestión se refiere a si el afianzamiento tributario violenta el derecho a la gratuidad de la justicia, mientras que, la segunda cuestión que merece la atención de la Corte radica en establecer si el referido requisito (obligación de afianzar) transgrede el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses, consagrado en el artículo 75 de la Constitución; a continuación, analizaremos estas dos cuestiones jurídicas planteadas por la Corte, dentro de la parte considerativa de la sentencia.¹⁷⁴

Para la Corte Constitucional, el primer problema jurídico que se evidencia es si la norma acusada constituye o no, una verdadera violación al derecho de *acceso gratuito a la justicia* consagrado en el artículo 75 de la Constitución, para ello realizan una exposición detallada de las normas que consagran el derecho a la tutela judicial efectiva dentro de nuestro ordenamiento jurídico, (Art. 168 numeral 4 de la Constitución, Art. 12 del Código Orgánico de la Función Judicial) así como dentro del sistema interamericano de protección a los Derechos Humanos, para finalmente admitir que la exigencia del pago del 10% de la caución previamente a calificar la demanda, efectivamente constituye una limitación injustificada al derecho de acceso a la justicia.¹⁷⁵

Como segundo punto, la Corte entra a analizar si el respectivo afianzamiento conculca el derecho a una tutela judicial efectiva reconocida dentro de la Constitución, así, a criterio de la Corte, la tutela judicial efectiva es “*sinónimo de eficiencia del sistema de administración de justicia*”.¹⁷⁶, así para la Corte solamente un órgano jurisdiccional será competente y consecuentemente eficiente si este “*cumple con ciertas condiciones que le impone la Constitución y brinda a los ciudadanos un trato justo y equitativo, respetando en todas las fases de los procesos las garantías básicas del debido proceso, concluyendo con la expedición de una sentencia que sea oportuna, motivada y justa para las partes*”.¹⁷⁷

Obsérvese la importancia que tiene el Debido Proceso dentro del análisis que realiza la Corte, así como también su respectiva vinculación con la motivación, como ya manifestamos en el primer capítulo, ambos principios se concatenan entre sí para garantizar al ciudadano la existencia de un aparataje jurisdiccional inclusivo, equitativo y no discriminatoria; adicionalmente, consideramos que la Corte debió haber hecho alusión

¹⁷⁴ Oswaldo Santos Dávalos, *Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador sobre la constitucionalidad de la obligación del afianzamiento tributario*, pág. 163

¹⁷⁵ Ob. Cit, Corte Constitucional, *Jurisprudencia* N° 030-SCN-CC

¹⁷⁶ Cfr, Id.

¹⁷⁷ Cfr, Id.

al derecho de petición y al derecho de recibir respuestas motivadas, el cual se encuentra definido dentro del artículo 66 numeral 23 que determina que:

“Art. 66.- Se reconoce y garantiza a las personas

23 El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención y respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo”.

Como podemos inferir de la lectura del presente articulado este derecho constituye dos consecuencias jurídicas de su aplicación, así por una parte la Constitución reconoce a los ciudadanos el derecho de dirigir quejas y peticiones individuales, pero también, exige a los organismos estatales la obligación de remitir a los recurrentes o solicitantes su derecho de recibir “respuestas motivadas”, consecuentemente el artículo 66 numeral 23 expresa el derecho de remitir y recibir respuesta.

Debe entenderse que este derecho no exige a la Autoridad que esta deba complacer la pretensión del accionante, sino que, esta última pueda acceder plenamente al sistema de justicia, lo cual debe traducirse en comparecer al juicio y aportar de los elementos probatorios necesarios para lograr o no su pretensión, así como garantizar el derecho de contradicción de la otra parte, así lo manifiesta Mauricio Maldonado Muñoz al señalar que: *“(esto) no implica obviamente, que la petición vaya a ser atendida favorablemente, pero sí supone la obligación de la autoridad de responder motivadamente tal petición”*.¹⁷⁸

Si bien la Corte no entra a analizar en detalle el derecho de todo ciudadano a dirigir quejas o peticiones y obtener una respuesta motivada de la institución hacia la que recurre, de forma totalmente arbitraria, la Corte **divide** el derecho a acceder a la justicia en tres momentos o escenarios, aduciendo que este derecho es de contenido **amplio**, considerándolo inclusive a estas etapas como independientes *“el primero relacionado con el acceso a la justicia, el segundo con el desarrollo del proceso en un tiempo razonable, y el tercero que tiene relación con la ejecución de la sentencia, esto es, acceso a la jurisdicción, debido proceso y eficacia de la sentencia”*.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Mauricio Maldonado Muñoz, *Afianzamiento tributario y solve et repete*, Corporación de estudios y Publicaciones, Quito, 2011, pág. 108.

¹⁷⁹ Ob. Cit, Corte Constitucional, *Jurisprudencia* N° 030-SCN-CC

Lo manifestado se traduce en que, en teoría, un ciudadano no vería violentado sus derechos a una tutela judicial efectiva si este al menos accediese a una de las tres etapas de lo que la Corte Considera el macro derecho del acceso a la justicia, esto significa una grave concepción del derecho a la tutela judicial expedita y efectiva reconocida en la Constitución, por cuanto al atribuírsele a este derecho una serie de etapas divisibles, la lógica del afianzamiento puede ser sostenido, empero, afortunadamente tanto la doctrina como los instrumentos internacionales no comparten el criterio emitido por la Corte, así en palabras de Phillip Montesdeoca, “(...) el acceso a la justicia tiene su origen en el preciso momento en que una persona ejerce su derecho de acción, prosigue mientras dura el proceso (...), y llega a su fin cuando un juez o tribunal emite su fallo debidamente motivado y apegado estrictamente a Derecho”.¹⁸⁰

Sin embargo, la Corte hace una afirmación bastante contradictoria, al determinar con posteridad que en materia tributaria la posibilidad de presentar una acción o impugnar un acto administrativo guarda estrecha relación con el derecho de acceso a la justicia, por lo que, la norma al no permitirle al recurrente acceder a la jurisdicción contenciosa fiscal, efectivamente configuraría una denegación a la justicia.¹⁸¹

Consecuentemente, en la forma en cómo se encuentra redactado el Art. 7 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, esta si produciría una limitación al derecho a una tutela efectiva, imparcial y expedita, empero, la esencia misma del afianzamiento, no es inconstitucional ya que persigue dos finalidades *legítimas*, la primera “(...) relacionada con impedir el abuso del derecho de acción, es decir, de acudir injustificadamente ante la administración de justicia, contrariando los principios fundamentales de eficacia y eficiencia del aparato judicial, e incluso afectando derechos de terceros que requieren una tutela judicial efectiva; y, la otra que pretende imposibilitar la evasión del cumplimiento de obligaciones tributarias, puesto que si la demanda o pretensión es rechazada en su totalidad, la Administración Tributaria aplicará el valor total de la caución como abono a la obligación tributaria”.¹⁸²

Así, para la Corte, el afianzamiento es constitucional, lógico y legítimo, más en la forma de su aplicación, esta si se opone al contenido constitucional, lo cual simplemente

¹⁸⁰ Ob. Cit Philip Montesdeoca P, *El afianzamiento de las obligaciones tributarias de acuerdo con la Ley de Equidad Tributaria*, pág. 62.

¹⁸¹ Ob. Cit, Corte Constitucional, *Jurisprudencia* N° 030-SCN-CC.

¹⁸² Cfr, Id.

derivaría en una reforma o interpretación constitucionalmente adecuada para mantenerse en vigencia, esta situación puede ser subsanada mediante la emisión de una sentencia modulada.

Después de la exposición de los dos motivos referidos, la Corte concluye que, el afianzamiento tributario, por su naturaleza, no es inconstitucional, toda vez que, esta se genera como un mecanismo apropiado para evitar el abuso del derecho de acción, así como la evasión de los cumplimientos tributarios. La supuesta inconstitucionalidad nace en la falta de una adecuada interpretación de la norma jurídica ya que, la exigencia de afianzamiento ha sido aplicada en el momento mismo de la presentación de la demanda, así la Corte emite una sentencia modulada declarando la constitucionalidad condicionada del artículo 7 de la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria del Ecuador.

“En el caso *sub examine*, esta Corte constata que el afianzamiento en materia tributaria no es una norma inconstitucional por cuanto persigue un fin constitucional que es legítimo, es decir, la inconstitucionalidad deriva de la forma como fue prevista por el legislador (momento en que se requiere de la rendición de la caución), mas no de lo que regula o pretende regular. Por lo tanto, se declara la constitucionalidad de la disposición impugnada, pero bajo la condición de que la caución del 10% sea presentada una vez calificada la demanda, preservando así el derecho constitucional de acceso a la administración de justicia y tutela judicial efectiva”.¹⁸³

El argumento que se puede desprender de la decisión emanada por la Corte Constitucional es que el afianzamiento es inconstitucional si se lo exige previamente a la calificación de la demanda, que es el primer momento del derecho del acceso a la justicia, por lo tanto si el sujeto pasivo de la obligación de afianzamiento tributario se le es exigido la consignación correspondiente al valor del 10% de la cuantía después de que se le sea calificada la demanda, no existiría, una violación al derecho de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, porque de hecho, el recurrente ha accionado el aparataje jurisdiccional, al menos en su primera fase.

Frente a esta argumentación, cabe realizar las siguientes críticas: como primer momento manifestaremos que acorde con el tratadista Juan Carlos Benalcázar, el

¹⁸³ Ob. Cit, Corte Constitucional, *Jurisprudencia* N° 030-SCN-CC.

derecho a la tutela judicial efectiva puede definirse como “aquel que tiene toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas”.¹⁸⁴

Por otra parte, para Pablo Esteban Perrino, la tutela judicial efectiva comprende el reconocimiento de ciertos derechos, entre los cuales sobresalen los siguientes:

- Acudir ante los tribunales de justicia y a obtener de ellos una sentencia útil.
- A petitionar y obtener tutela cautelar para que no se torne ilusorio el derecho que se defiende.
- Al cumplimiento de todas las etapas del procedimiento legalmente previsto, el cual deberá asegurar la posibilidad del justiciable a ser oído, y a ofrecer y producir la prueba pertinente antes de dictar sentencia.
- A una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas.
- Al desarrollo del proceso en una dimensión temporal razonable.¹⁸⁵

Estos condicionamientos expuestos por parte de la doctrina determinan de forma contundente la naturaleza y el alcance del precitado derecho, estos presupuestos tan necesarios para garantizar un adecuado acceso al derecho a la tutela judicial efectiva, contradictoriamente han sido reconocidos por la propia Corte Constitucional, dentro de su sentencia interpretativa No. 0006-09-SIC-CC de fecha 08 de octubre del 2009 la cual en su parte expositiva determina que:

“Bajo estas consideraciones, la estricta observancia tanto del derecho a la tutela judicial efectiva como del derecho al debido proceso dentro del proceso son de vital importancia, -pues **de nada vale acceder al órgano jurisdiccional, si el proceso conforme al cual se va a dilucidar una pretensión, no reúne los supuestos que garanticen una correcta administración de justicia**, pero tampoco podrá pregonarse el respecto de las categorías procesalmente debidas

¹⁸⁴ Juan Carlos Benalcázar, *El derecho a la tutela judicial efectiva en los procesos que se siguen en contra de la Administración Pública: Una visión crítica de la situación del ordenamiento jurídico vigente en el Ecuador*, p.87

¹⁸⁵ Cfr, Pablo Esteban Perrino, *El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa*, en Revista de Derecho Público, Proceso Administrativo I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003. Pp. 261-262.

cuando aquello que se va a conocer por intermedio del proceso es, por voluntad misma del Estado, deficientemente planteado o una vez resuelto, ineficazmente cumplido-¹⁸⁶ (lo subrayado fuera de texto).

Por lo tanto, la propia Corte considera que el derecho a la tutela judicial efectiva, estará siempre ligada al debido proceso , y a la emisión de una sentencia en base a los méritos y demás pruebas aportados dentro del proceso dentro de un tiempo razonable, sin embargo, dentro de la sentencia que acapara nuestra atención, el derecho a la tutela judicial efectiva, por el contrario constituye una serie de escenarios de contenido amplio que si bien puede iniciar con una acción, esta no necesariamente terminará con un sentencia motivada dentro de un plazo razonable, ya que para llegar a dicho escenario se deberá cumplir otros requisitos señalados por la ley para su adecuada prosecución, como el afianzamiento, por ejemplo.

En definitiva, la sentencia materia de nuestro análisis, se forja en una serie de incoherencias con el propio sentido de la Constitución, la cual promulga el derecho de un acceso gratuito a la justicia, así como también el derecho a la tutela judicial efectiva, la cual, acorde con sus propios pronunciamientos deben culminar con la emanación de una sentencia motivada.

Una vez que se ha denotado las incoherencias jurídicas emanadas de la sentencia materia de nuestro estudio, es menester iniciar un nuevo análisis no de critica sino de proposición, así veremos qué elementos pudo aportar la Corte Constitucional para mejorar el desarrollo jurisprudencial respecto del afianzamiento tributario, así como también los derechos que no fueron considerados por la Corte para la elaboración de su sentencia, para finalizar con la pregunta central del tema de investigación ¿es en verdad el afianzamiento tributario una institución valida dentro del nuevo esquema de derechos? Así como también responderemos fundamentadamente la propia pregunta emitida por la Corte ¿Se puede decir que el afianzamiento transgrede o no el derecho a la tutela judicial efectiva?

¹⁸⁶ Jurisprudencia N° 0006-09-SIC-CC, Registro Oficial S. 43 Publicado el 08 octubre 2009 Fecha Emisión 01 de Octubre del 2009

3.2. Aplicabilidad de las normas y facultades que tiene la corte constitucional frente ha dicho fallo en cuanto a su motivación.

Como ya hemos dejado sentado en previas líneas, para la Corte Constitucional, el afianzamiento tributario es legítimo, ya que reduce en gran medida el número de acciones instauradas (algunas infundadas) por parte de los particulares, así como también provee a la administración tributaria de un respaldo para el cobro de la obligación respectiva, en este contexto, la Corte pretende mediante la referida resolución proteger el derecho de la tutela judicial efectiva de las administraciones tributarias, mas no del contribuyente, toda vez que esta, en su parte considerativa de la sentencia, manifiesta que: *“La Corte es consciente de la necesidad que tiene el Estado de asegurar la determinación y cobro de tributos, más aún si se trata de contribuir a la consolidación de una cultura tributaria en el país que beneficiará a la ciudadanía en general”*.¹⁸⁷

Empero, aquí surge una contradicción en la argumentación efectuada por la Corte, como es posible que, la administración tributaria, la cual goza de potestad de autotutela, es decir, que esta no requiere de acudir ante un juez ordinario para ejercer sus acciones de cobro en contra de los sujetos pasivos de la obligación tributaria,¹⁸⁸ puede ser su derecho de tutela judicial efectiva verse menoscabado, cuando al contrario esta posee mayores privilegios y potestades reconocidos por la propia Constitución y la ley, constituyéndose, en realidad, las acciones contenciosas tributarias en los mecanismos jurisdiccionales adecuados para subsanar los abusos cometidos por la propia Administración Tributaria en ejercicio de sus exorbitantes privilegios procesales.

Como segundo, según a criterio de la Corte, la naturaleza del afianzamiento tributario es legítima, esto, en palabras del tratadista Oswaldo Santos Dávalos, es netamente un juicio de valor, no susceptible de ser analizado de una manera objetiva, así el referido tratadista considera que sostener la aprobación de que la administración cuente con un respaldo para el cobro de la obligación tributaria es simplemente una

¹⁸⁷ Ob. Cit, Corte Constitucional, *Jurisprudencia* N° 030-SCN-CC.

¹⁸⁸ Cfr, Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo tomo 1*, Palestra-Temis, Bogotá, 2008, p.474.

opinión, considerando la legitimidad en que, mediante esta figura la Administración Tributaria podrá cobrar sus respectivas acreencias.¹⁸⁹

Bajo este acápite se indagará la naturaleza de la sentencia de control constitucional en su aspecto de creación, es decir a que categoría pertenece y si esta pudo haber sido modulada con efectos retroactivos o no, para la cual será importante retornar a los conceptos señalados dentro del capítulo primero de esta tesis, relativo a las clases de sentencias constitucionales.

La Corte en el caso que nos atañe, dicta una sentencia de *constitucionalidad condicionada*, con la cual decide darle a la norma recurrida una interpretación acorde con los preceptos constitucionales, ya que al ser la Corte, de *ultima ratio*, no debe recurrir en la exageración de expulsar a la norma jurídica del ordenamiento jurídico, así, la Corte, en su parte pertinente dispone:

“Declarar la constitucionalidad condicionada del artículo agregado a continuación del artículo 233 del Código Tributario, por el artículo 7 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 242 del 29 de diciembre del 2007, relativo al afianzamiento en materia tributaria. Declarar, como consecuencia de lo resuelto precedentemente, que la disposición referida será constitucional, hasta que la Asamblea Nacional, en uso de la atribución contemplada en el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República, realice la reforma necesaria, y por tanto, la norma consultada será constitucional, siempre y cuando se aplique e interprete el inciso primero y final del mencionado artículo 7, de la siguiente manera: *-El auto en que el Tribunal acepte al trámite la acción de impugnación de obligaciones tributarias, fijará la caución prevenida en el inciso primero y final de este artículo, y dispondrá que el actor consigne la misma en el Tribunal, dentro del término de quince días, contados a partir de su notificación. En caso de incumplir con el afianzamiento ordenado, el acto materia de la acción quedará firme y se ordenará el archivo del proceso-*”.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Ob. Cit, Oswaldo Santos Dávalos, *Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador sobre la constitución calidad de la obligación del afianzamiento tributario*, pág. 171

¹⁹⁰ Cfr, Id.

De la transcripción efectuada, podemos colegir que la corte pretende resolver la norma recurrida en el sentido de dotarle a esta de una interpretación constitucionalmente adecuada, así como también, en base a sus competencias, modular los efectos de su sentencia con efectos retroactivos, la supuesta respuesta emitida por la Corte, no se ajusta con lo que es en realidad un sentencia condicionada, así como también aplica de manera arbitraria efectos *ex tunc* a su resolución sin ningún sustento adecuado.

Sostenemos esta afirmación por cuanto, una sentencia condicionada, como lo habíamos señalado dentro del primer capítulo, solamente puede ser expedida cuando la norma jurídica deriva en más de una interpretación, de las cuales solamente una resulta conforme a la Constitución, esto significa, que entre muchas interpretaciones que se da a una norma, la Corte mediante la sentencia condicionada escoge aquella que se adecua o acomoda a los preceptos de la Constitución.

Adicionalmente la Corte aplica de manera errónea el principio de *Interpretación Conforme*, establecido dentro del Art. 76 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, por cuanto la norma que regula el afianzamiento tributario, no genera varias interpretaciones contradictorias, la norma, acorde con una interpretación exegética, determina que no existe acceso a la jurisdicción contenciosa tributaria si no se ha pagado el 10% del valor de la cuantía total de la demanda, es decir, que, la referida norma no deriva en interpretaciones por cuanto su claridad en el texto es incuestionable, en ese mismo sentido, la Corte no establece porque debe interpretarse el referido artículo a partir de la calificación de la demanda y no en otro momento procesal.

En este sentido, la Corte no ha recogido una interpretación ya dada a la norma recurrida, sino que esta al introducir la cláusula de que el afianzamiento debe ser entregado una vez calificada la demanda, reforma en gran medida el propio espíritu normativo, consecuentemente, esta sentencia por su contenido parece ser de naturaleza aditiva,¹⁹¹ las cuales surgen con el fin de “*adicionar o agregar un precepto constitucional a la disposición impugnada sin la cual sería inconstitucional*”.¹⁹² En tal sentido, las sentencias

¹⁹¹ Oswaldo Santos Dávalos, *Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador sobre la constitución calidad de la obligación del afianzamiento tributario*, pág. 173

¹⁹² Sentencia C-492/2000 de la Corte Constitucional Colombiana, <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6119>, Acceso: 12 de octubre del 2014, Hora: 11:50.

aditivas se pretende introducir nuevos postulados frente a vacíos o inconstitucionalidades evidenciadas dentro de un texto normativo específico, con lo cual se pretende reformar la norma en base a los preceptos constitucionales, dotándola así de validez jurídica.

Ahora bien, la Corte, a más de confundir la naturaleza y alcance de su propia sentencia, comete un grave error al modular los efectos de la misma con efectos retroactivos, en efecto, conforme se determina de la lectura de la sentencia; la Corte Constitucional decide dictar una sentencia de control de constitucionalidad con efectos modulados ex tunc, toda vez que en la parte de la sentencia propiamente dicha dentro del numeral tercero, la Corte se pronuncia en el siguiente sentido:

*“Disponer, una vez más, que todos los Tribunales Distritales de lo Fiscal, a partir de la expedición de esta sentencia, apliquen lo resuelto en este fallo respecto a todas aquellas causas que **hayan ingresado o ingresen**, y cuyo trámite esté pendiente por la rendición de la caución del 10%”.¹⁹³*

Como bien conocemos, la Corte Constitucional posee la potestad de modular los efectos de sus sentencias, prerrogativa contenida dentro del artículo 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la cual establece que las juezas y los jueces, cuando ejerzan jurisdicción constitucional, deben regular los efectos en el tiempo, materia y el espacio de sus providencias, con el fin de garantizar la vigencia de los derechos constitucionales así como la supremacía constitucional.

Habíamos advertido, dentro del capítulo primero del presente trabajo que, una sentencia con efectos ex tunc (retroactivos) pone en grave riesgo el principio de seguridad jurídica, y cuyo sustento únicamente se da para poder proteger los derechos de los particulares constitucionalmente reconocidos, en este punto cabe preguntarse si acaso ¿la expedición de una sentencia constitucional con efectos retroactivos, puede, de alguna forma, proteger los derechos constitucionales de los particulares? Consideramos que la Corte no realizó una adecuada interpretación sobre los efectos que debía reunir la presente sentencia, obligando a los contribuyentes, que ya se encontraban dentro del proceso, a rendir la respectiva caución para poder continuar la sustanciación del juicio, lo cual, evidentemente constituye una flagrante violación al derecho de seguridad jurídica.

¹⁹³ Lo subrayado fuera de texto, Ob. Cit, Corte Constitucional, *Jurisprudencia* N° 030-SCN-CC.

Adicionalmente, no se ha encontrado dentro de la sentencia en estudio, una adecuada motivación sobre las razones que llevan a la Corte a aplicar una sentencia con efectos jurídicos hacia el pasado, simplemente se constriñe a emitirlo, sin considerar todos los principios y derechos que podrían encontrarse en colisión con la expedición de una sentencia con efectos retroactivos.

Por todo lo expuesto, podremos inferir que, la tutela judicial efectiva, constituida como un derecho consecuente y armónico con el derecho al debido proceso, procura respetar todas y cada una de las fases de la Litis, concluyendo, acorde con la gran mayoría de tratadistas citados, en una resolución motivada, la cual no necesariamente implique la satisfacción de la pretensión del recurrente, sino al contrario, esta deberá ser una sentencia que emita justicia para las partes, esto ya lo ha mencionado la propia Corte Constitucional en otras sentencias, es por ello que sorprende que, en la sentencia N.º 030-SCN-CC, la Corte se aparte de su propia concepción del derecho a la tutela judicial, para sostener que esta constituye una serie de etapas (supuestamente independientes) las cuales podrán requerir durante la tramitación de cada una de ellas ciertos requisitos posteriores (caución) en aras de continuar hacia una resolución final.

De todo lo aportado, no podríamos estar en más desacuerdo con el pronunciamiento emitido por la Corte, ello estriba en la carencia de una adecuada motivación y un paulatino desconocimiento de sus plenas facultades, en efecto, la Corte pudo haber realizado un trabajo más elaborado y con un alcance apropiado, en el que se respetase los derechos fundamentales, así como también se hubiese regulado los efectos de una forma que en verdad no atentasen los derechos fundamentales de los accionados, como por ejemplo, la seguridad jurídica.

3.2.1 Análisis sobre el espíritu de las normas en conflicto.

Dentro de nuestro estudio hemos investigado cual es el espíritu de la norma; nos hemos remitido a las actas de la asamblea, que fue aprobada en una Asamblea Constituyente que constituye el máximo órgano de democracia popular, pues han sido convocados para algo específico y su estadía ha sido temporal; ahora bien uno de los mecanismos para llegar a la verdad, llegar a la efectiva necesidad de creación de una norma, se la puede plasmar en las actas de la asamblea donde se discute la ley

Reformatoria para la Equidad Tributaria, pues al discutirla en este órgano democrático se analizara desde diferentes perspectivas, no solo económicas, sino académicas, sociales, privadas, esta discusión le serviría a los jueces de la Corte Constitucional para determinar su lineamiento cuando le presenten una consulta de inconstitucionalidad, con es el caso del artículo 7 de la antes mencionada ley y así poder argumentar su resolución.

Para la aprobación de esta ley se la ha hecho es general, no se ha discutido artículo por artículo, es más mediante votación con una aprobación de 90 votos, se decidió saltarse el procedimiento de lectura de la ley y pasar directamente a la discusión, pues el tiempo para la aprobación de esta ley era muy corto, por lo cual su discusión es muy superficial; de las intervenciones que nos interesan es del Asambleísta Montaña Mae, que hace en tres líneas alusión sobre el afianzamiento Tributario: “ (...) pero también en el plano de inconstitucionalidad, de manera específica para el proyecto, definimos que el artículo siente, el proyecto, atenta contra la regla diez del debido proceso previsto en el artículo veinticuatro de la Constitución Política que consagra el derecho a la legítima defensa, pues exige el afianzamiento del diez por ciento como requisito previo para interponer acciones o recurrir a los actos o decisiones de la administración tributaria, limitando el derecho a la legítima defensa (...)”¹⁹⁴

La ley fue aprobada pero nunca fue discutida de debida forma, lo que se puede concluir es que la ley del Equidad Tributaria fue aprobada por una necesidad de recaudación, y por una evasión de impuestos abismal que había en ese tiempo como lo aseguraba Carlos Marx Carrasco Director General del SRI en esas fechas, pero al ver esa necesidad aprobaron normas que eran violatorias del debido proceso, como bien lo señala el asambleísta Montaña, si se hubiera discutido artículo por artículo hubieran visto este error que cometieron al aprobar esta ley.

Ahora bien, la Corte Constitucional no tomo en cuenta este antecedente, tampoco se dejó ilustrar de otros órganos ilustres en este tema, ni siquiera doctrinarios, la Corte Constitucional de otros países, cuando existe un tema de inconstitucionalidad, pedir aportes académicos, indagan en las actas de la Asamblea, motivan su respuesta, no solo desde la perspectiva del derecho sino desde una perspectiva social, para así justificar su respuesta.

¹⁹⁴ Actas Asamblea Constituyente. Acta 14; 28 de Diciembre de 2007

Ahora bien no se analizó a profundidad la norma en conflicto mediante la cual gira la inconstitucionalidad, y tampoco en la sentencia se determina específicamente que derecho o derechos constitucionales pretende tutelar al reconocer a la figura de la caución como legítima, simplemente dentro del desarrollo de su parte considerativa, esta se limita a reconocer la finalidad de la constitucionalidad del afianzamiento en los procesos contenciosos tributarios ya que, acorde con la Corte el afianzamiento reduce el abuso del derecho y garantiza el cumplimiento de las obligaciones tributarias al recurrente, sin embargo, no existe propiamente un debate sobre las normas o principios que podrían encontrarse en conflicto, lo cual evidentemente debió ser considerado al momento de expedir la sentencia, empero, de la revisión de la resolución, podremos indicar que, de forma sucinta, la Corte “analiza” los derechos o principios que se encontrarían en colisión, al manifestar que:

“La Corte es consciente de la necesidad que tiene el Estado de asegurar la determinación y cobro de tributos, más aún si se trata de contribuir a la consolidación de una cultura tributaria en el país que beneficiará a la ciudadanía en general; no obstante, no resulta tolerable que la medida adoptada por el legislador para evitar el fraude al Fisco o la evasión tributaria sacrifiquen derechos fundamentales garantizados por la Constitución, como es el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la tutela efectiva, que comprende, como bien lo manifestamos anteriormente, el derecho de acceso a la jurisdicción. Situación muy diferente es el hecho de que la exigencia de depósito de la caución del 10% (fin constitucional legítimo) sea efectuado con posterioridad a la calificación de la demanda, toda vez que no existiría violación al derecho de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva”.¹⁹⁵

Por otra parte, y como habíamos advertido previamente la Corte no analiza a detalle los elementos facticos que rodean al caso, el raciocinio esgrimido por el juez constitucional se da en base a normas y principios que considera deben ser precautelados, si bien reconoce una colisión de derechos, la motivación carece de elementos facticos que permitan tejer una lógica resolución dentro del caso propuesto.

¹⁹⁵ Ob. Cit, Corte Constitucional, *Jurisprudencia* N° 030-SCN-CC.

Debemos señalar que, cuando existe una contradicción o antinomia entre dos principios o derechos constitucionalmente reconocidos, existen métodos modernos para solucionarlos. Consideramos que en este caso, efectivamente podría existir una latente contradicción entre el derecho al acceso gratuito a la justicia y la tutela judicial efectiva por un lado, y por otro, el principio del interés económico del Estado, el cual debió haber sido abordado apropiadamente por parte de la Corte Constitucional, sin embargo, recalcamos una vez más, esta situación no fue recogida dentro de la sentencia en estudio.

Ahora bien, ¿Podría darse el caso de aplicar un ejercicio ponderativo sobre estos derechos en contradicción?, a nuestro criterio podría ser aplicable un método de ponderación si los elementos avizorados constituyen efectivamente derechos o principios en colisión, es por ello que, analizaremos en posteriores líneas el método de ponderación como sistema de resolución de conflictos de derechos o principios constitucionales, así como también si en verdad el interés económico del Estado constituye plenamente un derecho susceptible de ser protegido por la Constitución y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

En tal sentido, iniciaremos la presente investigación recogiendo un criterio integral de lo que implica el método de ponderación, siendo, a nuestro criterio, la definición emitida por Daniel G. Gorra la que mejor reúne los elementos constitutivos de la ponderación, y el cual señala que:

“La ponderación podría ser considerada como una técnica para resolver conflictos de derechos fundamentales. Los jueces tendrían la facultad para poder determinar en un caso concreto, cuál es el derecho fundamental que debería prevalecer en una hipótesis de conflicto por intermedio de la ponderación de principios”.¹⁹⁶

Frente a lo expresado podemos colegir, que el juez debe emitir una orden de valores, por la cual determinará, mediante un ejercicio lógico, que derecho posee mayor

¹⁹⁶ Daniel G. Gorra, *Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy: Sistema de Ponderación de Principios*
http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/teoria_de_la_argumentacion_juridica_alexey.pdf,
Acceso: 13 de octubre del 2014, Hora: 10:43.

peso dentro del caso en concreto, consecuentemente, este ejercicio implicará un mayor nivel de motivación para el juez ya que este deberá justificar racionalmente su elección.

Robert Alexy, el máximo exponente respecto del tema que nos encontramos abordando, señala que, la ponderación es una verdadera interpretación constitucional, propia de un sistema neoconstitucionalista, en la cual el juez logrará determinar cuál de los principios contrarios, debe primar en el caso concreto sopesando su grado de afectación e importancia, así el expone lo siguiente:

“(…) Por ello los principios son mandatos de optimización. Como tales, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan mediante reglas, y sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario (…). Los principios exigen la máxima realización posible, relativa tanto a las posibilidades fácticas como a las posibilidades jurídicas. Los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas. En ellos la ponderación no juega ningún papel. Ahora bien, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Este es el campo de la ponderación. El núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina “ley de la ponderación” y que se puede formular de la siguiente manera: Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro. (…).”¹⁹⁷

Esto constituye uno de los principales aportes que se le reconoce a la implementación de una Constitución neoconstitucionalista, la posibilidad de generar espacios protagónicos para la aplicación de los principios constitucionales, tantas veces ignorados dentro de la praxis legal, y que, sin embargo, paradójicamente, son estos los que componen el sostén de todo el sistema jurídico.

¹⁹⁷ Robert Alexy, “La fórmula de peso”, traducción de Carlos Bernal Pulido, en Miguel Carbonell (editor), El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Número 6 de la Serie Justicia y Derechos Humanos-Neo constitucionalismo y Sociedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, Quito, diciembre de 2008, pp. 14, 15 y 30.

Así, dentro del caso que nos atañe efectivamente existe dos derechos que podrían ser conculcados por parte del afianzamiento tributario: el derecho del debido proceso, así como el principio de gratuidad de la justicia y la tutela judicial efectiva de los derechos, sin embargo, la Corte Constitucional, identifica un principio dentro de su sentencia que se intentaría “precautelar” el principio del *interés económico del Estado*.¹⁹⁸

Para proceder a determinar si efectivamente el afianzamiento tributario constituye una emanación del principio del interés económico del Estado, así como también si este principio se encuentra en plena contradicción con los principios de la tutela judicial efectiva y el debido proceso, deben identificarse cuatro elementos establecidos en la doctrina; 1) la racionalidad, lo cual comprende si la medida aplicada (legitimar el afianzamiento tributario) posee un fin constitucional, 2) Necesidad, requisito que determina si, la medida aplicada (legitimar el afianzamiento tributario) sea necesario para cumplir con el fin constitucional (garantizar los principios constitucionales que rigen a la administración de justicia y en materia tributaria), 3) Idoneidad, es decir, que no exista otra medida menos grave o menos atentatoria de derechos que pueda ser utilizada para cumplir con el fin (garantizar los principios constitucionales que rigen a la administración de justicia y en materia tributaria), y 4) Proporcionalidad, también denominado proporcionalidad en sentido estricto, en el cual se determina que, el beneficio de la medida aplicada (afianzamiento tributario) sea superior al perjuicio ocasionado al derecho (acceso gratuito a la justicia, debido proceso y tutela judicial efectiva). Estos cuatro requisitos, constituirán los sustentos del razonamiento lógico al momento de argumentar por qué se ponderó tal o cual derecho menoscabando al otro.¹⁹⁹

Debido a su trascendental importancia, es menester analizar y cuestionar objetivamente el razonamiento aplicado por la Corte Constitucional frente a la colisión de los referidos principios, siendo, en un primer momento establecer si estos principios pueden ingresar al test de proporcionalidad, así como también determinar la naturaleza jurídica del afianzamiento, para lo cual formularemos la siguiente pregunta ¿Es acaso el afianzamiento tributario una emanación del principio del interés económico del estado?.

¹⁹⁸ Ob. Cit, Philip Montesdeoca P, *El afianzamiento de las obligaciones tributarias de acuerdo con la Ley de Equidad Tributaria*, pág. 71

¹⁹⁹ Miguel Carbonell, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, 2008, pág. 52-59

3.2.2. Fundamentación del fallo en base al análisis de la motivación hecha en el capítulo I.

Dentro del análisis que hemos efectuado dentro de la presente investigación resulta interesante, el notorio apartamiento de la sentencia No. 030-SCN-CC en relación con la jurisprudencias vinculantes a los principios de interpretación constitucional y la ponderación de bienes en el caso de derechos potencialmente colisionados; en tal sentido, la Corte, hace alusión, de forma oportuna a los principios y reglas de interpretación que debe observar el juez constitucional, cuando menciona que:

“(…) al entrar en conflicto normas constitucionales opera la denominada ponderación de bienes, que tiende a resolver el conflicto mirando sobre todo los derechos y garantías de las personas. El Juez constitucional tiene que establecer cuál es el rango de cada uno de estos dispositivos, su grado de adecuación al caso, ejercitar una valoración jurídica de cada uno de ellos, catalogar los bienes jurídicos que se protegen, estimar y determinar su respectiva importancia y valor, en caso de contraponerse, acudir a la ponderación de bienes para resolver el caso, estableciendo prioridades como puede ser el caso del derecho a la educación o el derecho a la integridad personal, frente al derecho de un grupo de moradores de un barrio de disponer de un bien público como es la vía o carretera, o ya para acortar distancias, o establecer una vía de descongestionamiento (…).”²⁰⁰

Habíamos acotado en el apartado previo que, el juez al encontrarse entre una supuesto choque de principios constitucionales, este deberá someter dichos principios controvertidos a un test de proporcionalidad el cual, finalmente pretenderá resolver el conflicto *mirando sobre todo los derechos y garantías de las personas*.²⁰¹ En similar forma se refiere el tratadista Diego Mogrovejo al manifestar que mediante la ponderación; y, de manera general, la nueva interpretación que debe darse a la Constitución dentro del sistema neo constitucional pretende la *rematerialización de los derechos* mediante la

²⁰⁰ Jurisprudencia N° 0789-2003-RA, Registro Oficial 324 Publicado: 29 de abril del 2004 Fecha Emisión: 08 de abril del 2004

²⁰¹ Cfr, Id.

aplicación de *efectivas herramientas hermenéuticas*.²⁰² Este ejercicio ponderativo no debe ser entendido como de *ultima ratio*, sino que se ha observado dentro del desarrollo jurisprudencial una paulatina aplicación de la ponderación en los fallos emitidos tanto de jueces de primer nivel como en las resoluciones emanadas de la propia Corte Constitucional.

En tal sentido, una de las más valiosas herramientas de interpretación constitucional con la que cuenta en la actualidad es la técnica ponderativa, subsumida esta en cuatro criterios de validez (racionalidad, necesidad, idoneidad, proporcionalidad en sentido estricto), estos requisitos constituyen, en definitiva, una verdadera motivación argumentativa por parte del juez constitucional, en consecuencia, para efectos del presente trabajo, razonaremos los cuatro requisitos de ponderación frente al caso en concreto.

Como primer requisito debemos determinar si la medida pretendida por el juez constitucional es racional, esto significa que si la postura de mantener el afianzamiento tributario persigue o no una consecuencia lógica y motivada, así, de la revisión de la sentencia se puede desprender que, a consideración de la Corte, el afianzamiento tributario persigue dos finalidades: impedir el abuso del derecho de acción, así como también, evitar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, lo cual, efectivamente podría enmarcarse como una medida racional.

En un segundo punto, se debe examinar si la medida aludida por la Corte es necesaria, este requisito denominado como la Necesidad de la norma pretende dilucidar si efectivamente la medida tomada es la única alternativa posible para lograr la satisfacción del derecho que, acorde con el razonamiento del juez, es la que debe primar, en el presente caso, el afianzamiento tributario, no constituye la medida adecuada y necesaria para asegurar el fin constitucional pretendido; inclusive, la Corte al sostener que, mediante la aplicación del afianzamiento, se impedirá el abuso del derecho, conlleva a la conclusión lógica de que, al menos en materia tributaria, la gran mayoría de recursos o demandas interpuestas en contra la Administración han sido maliciosas o temerarias, una conclusión bastante alejada de la realidad por cuanto, acorde con una investigación

²⁰² Diego Morgovejo *La admisibilidad y la aceptación de la acción extraordinaria de protección en el sistema ecuatoriano en casos de violación del debido proceso y tutela judicial*, Tesis, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2011, pág. 24

esbozada por el Ab. Oswaldo Santos Dávalos, se analizó 30 juicios tributarios escogidos al azar, con sentencias de casación dictadas dentro del espacio temporal desde el 2005 hasta el 2008, se determinó que, el 46,7% de las demandas contenciosas tributarias interpuestas, fueron aceptadas en su totalidad, mientras que un 43,3% fueron rechazados de plano, y un 10% fueron aceptados de manera parcial.²⁰³

Las estadísticas vertidas nos pueden dar una idea bastante clara del desconocimiento de la Corte de la realidad de los procesos, sin embargo, el argumento sostenido por esta (mala fe procesal) genera una especie de presunción *como si la regla general fuese que los accionantes que discuten tributos acudieran a la justicia para dilatar el pago de sus tributos y no para buscar defender intereses que estiman legítimos*,²⁰⁴ adicionalmente, el afianzamiento no permite identificar a aquellos que abusen efectivamente del derecho, de aquellos que en verdad buscan una tutela judicial efectiva de sus derechos, lo único que si lograra es diferenciar a aquellos contribuyentes que pueden soportar la carga del afianzamiento de aquellos que no.

Otro punto interesante que la doctrina ha determinado como consecuencia negativa de la imposición de afianzar la obligación recurrida es que esta menoscaba el derecho a la igualdad, toda vez que, solo aquel administrado que pueda costear el valor del afianzamiento podrá conseguir una respuesta motivada del órgano jurisdiccional. La segunda finalidad esgrimida por la Corte, aquella que, mediante el afianzamiento se logrará la evasión del cumplimiento de las obligaciones tributarias, por una parte, al Estado no le genera un ingreso importante los afianzamientos que se den en esta clase de procesos, inclusive se podría manifestar que el proceso en sí tendría un costo mayor que la caución exigida, ya que este no podrá ser utilizado por el Estado hasta la sentencia condenatoria, sin embargo, esta situación denota **el privilegio procesal** que se le concede al Estado al momento de litigar en el proceso contencioso administrativo, lo cual violenta el principio de igualdad ante la ley, así lo ha expresado el Tribunal Constitucional Peruano al conocer sobre la consulta de constitucionalidad de la Ley No. 26599 que modifica el Código de Procedimiento Civil al expresar que:

²⁰³ Douglas A. Lind, William G. Marchal y Robert D. Mason citados por Oswaldo Santos Dávalos en *Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador sobre la constitucionalidad de la obligación del afianzamiento tributario*, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2982/1/09-Jurisprudencia.pdf>, Acceso: 17 de octubre del 2014, hora: 15:50

²⁰⁴ Ob. Cit, Mauricio Maldonado Muñoz, *Afianzamiento Tributario y Solve Et Repete*, pág. 134.

“Los tratadistas de derecho constitucional consideran que el Estado tiene una doble personalidad jurídica, cuando ejerce el *ius imperium*, actúa como persona de derecho público y cuando (...) contrata o se obliga ante particulares, ambas partes deben someterse a las mismas reglas y no puede el Estado tener un nivel de preeminencia, lo contrario sería ir contra el principio constitucional de igualdad ante la ley. La persona que acude, en busca de justicia, a la función jurisdiccional, sea quien fuera recurre pidiendo solución a un conflicto de intereses intersubjetivos y no puede hacerlo con más privilegios que la otra parte o contrario, así sea esto el Estado quien con mayor obligación debe acudir sin otro privilegio que la razón o el derecho; es decir, que ambos recurrentes deben hacerlo en igualdad de condiciones y con plena confianza de que van a obtener justicia en forma igualitaria, de tal suerte que no se merme la seguridad jurídica”.²⁰⁵

Hemos señalado previamente que la tesis política de la regla *solve et repete* se sustentaba en la noción de que, el fisco, al intervenir en un proceso judicial, especialmente en calidad de demandado, se le reconozca ciertas garantías procesales para asegurar el cobro de las obligaciones tributarias, así en su calidad de acreedor, es evidente que la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria del Ecuador, le ofrece al Estado un claro privilegio dentro del proceso contencioso tributario, situación que, evidentemente no se le ha sido reconocido a ningún otro acreedor en similar situación. Lo expresado constituye una clara contraposición con lo que instituye el principio de igualdad procesal, o como se denomina dentro de la doctrina constitucional peruana, la igualdad de armas de los contrincantes, por cuanto, al ser el afianzamiento tributario una garantía a favor del acreedor (Estado) dentro de un proceso (contencioso tributario), no puede hablarse de una igualdad de las partes en acceso de condiciones, menoscabando la confianza de que el recurrente podrá obtener justicia de manera igualitaria, si es que en algún momento puede acceder a ella.

Como contracara, se debe indagar sobre el razonamiento favorable de que la figura del afianzamiento tributario (como una póstuma manifestación de la regla *solve et repete*) no genera un menoscabo al pleno ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva,

²⁰⁵ Tribunal Constitucional del Perú, *Expediente. Nº 006-96-I/TC*
http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, Acceso: 17 de octubre del 2014, hora: 16:59.

así señalaremos que efectivamente existe un cierto sector de la doctrina que legitima la imposición del afianzamiento tributario en el denominado principio de colaboración fisco-contribuyente por el cual el ciudadano debe voluntariamente aportar con sus cargas tributarias, contribuyendo con los gastos que demanda la organización del estado; así : *“Debe considerarse al tributo como una elección política a la hora de financiar las actividades públicas, y en consecuencia ser particularmente exigente en las características que conlleva su recaudación”*²⁰⁶.

En consecuencia, la teoría parte del principio de buena fe del contribuyente, pero se acota que, en la realidad muchos sujetos pasivos pretenden eludir su colaboración, tratando mediante argucias judiciales dilatar el pago, perjudicando al Estado y a las obligaciones públicas de este por no poseer los suficientes fondos; empero y a pesar del poder tributario²⁰⁷ que la Constitución le reconoce al Estado, la gran limitación de una recaudación efectiva subyace en medidas, efectos o disposiciones judiciales que no permiten una adecuada ejecución del poder tributario.

Es por ello que surge la figura del afianzamiento tributario, por el cual se pretende la protección del contribuyente para el acatamiento de sus obligaciones tributaria de los deudores tributarios que irrespetan el principio de colaboración existente entre el Estado y el contribuyente.

Por otra parte, autores como Bielsa, Montara, Borsi complementan esta idea y manifiestan que dentro del derecho tributario, se le deben ser aplicados los principios del derecho administrativo, precisamente, el afianzamiento tributario a más de proteger el principio de colaboración referido, debe garantizar el principio de legitimidad y ejecutoriedad del acto administrativo impugnado, así para estos autores la figura del afianzamiento no constituye un privilegio procesal o una desigualdad de las partes, sino una consecuencia lógica de la actividad administrativa, que intenta proteger la validez de

²⁰⁶ Fernando Javier Rosso, *El Solve Et Repete en el Derecho Tributario Argentino: Problemas y soluciones posibles*
<http://imgbiblio.vaneduc.edu.ar/fulltext/files/TC051174.pdf>

²⁰⁷ El Poder Tributario ha sido definido como “la facultad del Estado, de exigir coercitivamente (embargos, ejecuciones, etc) contribuciones con respecto a personas o bienes que se hallan en su jurisdicción a personas físicas o jurídicas estén o no dentro de ella” las características de este poder tributario es que es abstracto, permanente, irrenunciable e indelegable. Ob. Cit Fernando Javier Rosso, *El Solve Et Repete en el Derecho Tributario Argentino: Problemas y soluciones posibles*, pp. 9-10.

los actos administrativos emitidos por la autoridad²⁰⁸, evitando el regular ejercicio de la actividad tributaria para el cumplimiento de sus fines públicos.

Otras teorías se inclinan a establecer la legitimidad del afianzamiento en base a necesidades financieras y políticas, en consecuencia, mediante el afianzamiento tributario se evita al Estado afrontar con déficits en su presupuesto, lo cual, evidentemente perjudicaría a todos los ciudadanos ya que verían sus servicios públicos seriamente limitados, así lo manifiesta Griziotti al señalar que la finalidad del afianzamiento tributario es la de “(...) *proteger las finanzas públicas, erigiendo una valla para los contribuyentes de mala fe, desalentando la promoción de acciones infundadas o temerarios de los obligados que puedan impedir el regular ingreso de los tributos*(...)”.²⁰⁹

Si realizamos un análisis detenido de la sentencia No. 030-SCN-CC podremos encontrar que el razonamiento esgrimido por el Dr. Hernando Morales Vinuela, en su calidad de Juez Constitucional Ponente, guarda estrecha armonía con las teorías expresadas líneas arriba, por cuanto interpreta la naturaleza del afianzamiento tributario como una figura de protección de los intereses económicos estatales.

*“(...) la Corte es consciente de la necesidad que tiene el Estado de asegurar la determinación y cobro de tributos, más aún si se trata de contribuir a la consolidación de una cultura tributaria en el país que beneficiaría a la ciudadanía en general (...)”*²¹⁰

El juicio lógico emitido por el Juez ponente denota un gran acercamiento hacia las doctrinas de necesidad de protección de los intereses económicos y políticos, analizando únicamente el plano legal que son aplicables al presente caso, más la sentencia, no muestra un ejercicio factico sobre los hechos propuestos; algo lamentable, toda vez que la principal crítica a todas las teorías expuestas que defienden la legitimidad del afianzamiento es su poca percepción sobre la realidad de la potestad recaudatoria, en efecto, la administración tributaria mediante el principio de auto tutela puede incoar procesos administrativos coercitivos en contra de los deudores, o inclusive instaura medidas precautelarias para exigir el pago de sus acreencias.

²⁰⁸ Cfr, Fernando Javier Rosso, *El Solve Et Repete en el Derecho Tributario Argentino: Problemas y soluciones posibles*, pp.15, 16.

²⁰⁹ Benvenuto Grizziotti, *Principio de ciencia de las finanzas*, traducción e introducción de Dino Jarach, Buenos Aires, Argentina, Editorial Depalma, 1959

²¹⁰ Ob. Cit, Corte Constitucional, *Jurisprudencia* N° 030-SCN-CC.

En definitiva, el afianzamiento tributario, como medida derivada del principio económico del Estado, no es necesaria para asegurar los fines constitucionales alegados por la Corte Constitucional (impedir el abuso del derecho de acción, así como imposibilitar la evasión del cumplimiento de las obligaciones tributarias), toda vez que, no existen datos estadísticos que permitan inferir que, efectivamente, los contribuyentes abusan del derecho de acción en los procesos contenciosos tributarios, así como también, procesalmente la medida se configura como un privilegio procesal a favor del Estado.

Como tercer punto, se debe indagar sobre la idoneidad del afianzamiento tributario desde dos vertientes especificadas por la doctrina; así ¿El afianzamiento tiene efectivamente un fin legítimo? ¿Es en verdad el afianzamiento la medida idónea para el cumplimiento de un fin legítimo? Respecto de la primera pregunta podría decirse que, la instauración de la figura del afianzamiento si se sustenta en un fin legítimo, no tanto el ilógico argumento de que limita el abuso del derecho, empero, la noción de que esta podría precautelar el interés económico del estado, constituye, de hecho un fin legítimo; ahora bien, el afianzamiento no es idóneo en sí mismo, por cuanto sus graves efectos menoscaban otros derechos no considerados dentro de la argumentación esgrimida por los jueces como el derecho de petición, el derecho a la igualdad de las partes, y el principio de progresividad de los derechos.

Con los elementos desglosados, podremos realizar un ejercicio ponderativo de los derechos en contradicción y el examen de los gravámenes que impondría aplicar la figura del afianzamiento tributario en los procesos contenciosos tributarios, así nos es claro que existen dos derechos en colisión, por un lado encontramos el derecho del Estado a ejecutar sus acreencias para el beneficio colectivo, y por el otro el derecho de ese mismo colectivo a poder acceder a los órganos jurisdiccionales, de manera gratuita, para la tutela efectiva de sus derechos vulnerados, las pautas establecidas dentro del presente caso, nos indica que la aplicación de la figura del afianzamiento tributario como mecanismo para proteger los intereses económicos del Estado (el otro fin legítimo esgrimido por la corte- evitar el abuso del derecho- no puede ser considerado como otra finalidad del afianzamiento, por las consideraciones expuestas) no es necesario, por cuanto el afianzamiento no constituye un incremento dentro de las arcas fiscales, así como también, en el caso de que el tribunal determine que el constituyente debe pagar la obligación recurrida, este deberá realizarlo con los respectivos intereses y recargos reconocidos en

el Código Tributario. Adicionalmente, y, en relación con la afectación del derecho que será menoscabado (acceso gratuito a la justicia y el derecho de la tutela judicial efectiva) se puede determinar que las personas afectadas por esta medida serán todos los contribuyentes, sin excepción, toda vez que, para que sus derechos en materia tributaria puedan ser tutelados, se requerirá el aporte de una carga económica, esto no solo termina allí ya que, como bien lo anota Mauricio Maldonado Muñoz, existen otros derechos concatenados como: el Debido Proceso y el derecho a dirigir peticiones y obtener respuestas motivadas sobre los derechos recurridos, así como también los derechos básicos de poder oponerse a las actuaciones de la Administración Pública y el derecho a la igualdad de las partes procesales.²¹¹

En el mismo sentido, al aplicar la figura del afianzamiento tributario, como mecanismo de protección del principio del interés económico del estado, la Corte ignora que, con dicha medida se contrapondría con las normas y resoluciones expedidas por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos el cual en diversos fallos ha sostenido que: "(....) los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o a los tribunales en busca de que sus derechos sean protegidos o determinados. Consecuentemente, cualquier norma o medida estatal, en el orden interno, que dificulte de cualquier manera, uno de ellos puede ser la imposición de costos, el acceso de los individuos a los tribunales y que no esté justificado por necesidades razonables de la propia administración de justicia, debe entenderse como contraria a la citada norma convencional(...)"²¹², así, no puede decirse que la Corte haya realizado un razonamiento motivado de su decisión de pronunciarse favorablemente a la vigencia de la figura del afianzamiento tributario, con posteridad de la calificación a la demanda.

La Corte, dentro de su parte expositiva de la sentencia, establece su carácter de ultima ratio en los casos de declaratoria de inconstitucionalidad, arguyendo que su trabajo debe ser el de conservar el derecho (normas jurídicas) dentro del ordenamiento, por lo que *"no puede darse con la declaratoria de inconstitucionalidad plena, por ser una solución*

²¹¹ Mauricio Maldonado Muñoz, *Afianzamiento tributario y solve et repete*, págs. 105-120.

²¹² Manuel E. Ventura Robles, *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Acceso a La Justicia e Impunidad*
www2.ohchr.org/spanish/issues/democracy/.../PonenciaMVentura.doc, Acceso: 19 de octubre de 2014, hora: 14:51.

extrema y que no ofrece mayores respuestas al problema de inconstitucionalidad’, consecuentemente para poder mantener la norma demandada y reconocida por la Corte como “inconstitucional” esta se inclinará a emitir una sentencia modulativa bajo la interpretación que realice la propia Corte.

Por las consideraciones expuestas, reafirmamos los postulados descritos dentro del capítulo primero, dentro del cual habíamos establecido que, al argumentar una sentencia constitucional, el juez debe evidenciar una correcta aplicación de los principios constitucionales, como también el *carácter razonable del derecho*, el cual, se evidencia en dos momentos definidos; el primero referente a la “*categorización del caso a la luz de los principios y la búsqueda de la regla razonable al caso*”.²¹³ Así, “*Es razonable la categorización de los hechos que toma en cuenta todos los principios implicados; es razonable la regla individualizada en el marco de condiciones limitadoras del derecho como ordenamiento, que responden a las exigencias del caso*”.²¹⁴ Por lo que es indudable que, “*los jueces (...) son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia (...)*”.²¹⁵

En ello radica la esencia misma de la motivación, la razonabilidad de los hechos frente a los principios constitucionales, y las normas jurídicas, si una norma jurídica es contraria a la Constitución, esta debe ser apartada del ordenamiento jurídico, no es una cuestión extrema como lo determina la Corte, sino al contrario, constituye una correcta aplicación del raciocinio jurídico y como las consecuencias negativas del afianzamiento tributario se proyectaran a futuro; así también la motivación pretende realizar un análisis integral tanto en el tiempo, materia y espacio de la norma en disputa (dentro del presente caso), la cual, por sus antecedentes y naturaleza es simplemente un privilegio procesal reconocido a favor del Estado.

3.2.3. Efectos posteriores sobre la sentencia analizada.

Con la declaratoria de constitucionalidad condicionada por parte de la Corte Constitucional sobre la vigencia del afianzamiento tributario, se desplegó la posibilidad de

²¹³ Gustavo Zagrebelsky, “El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia”, traducción de Marina Gascón Abellán, Madrid, Editorial Trotta, cuarta edición, 2004, pp. 49-50 y 125.

²¹⁴ Cfr, Id.

²¹⁵ Cfr, Id.

mantener, al menos dentro de los procedimientos contenciosos tributarios, la obligación de afianzamiento- al momento de calificada la demanda- en los siguientes casos.²¹⁶

1) *Cuando la acción o recurso provenga de la oposición del actor a un acto determinativo de obligación tributaria*, en este caso, como es bien conocido el artículo 88 del Código Tributario establece las clases de determinación (conjunto de actos encaminados a establecer la existencia del hecho generados, base imponible y la cuantía del tributo), la cual puede ser realizado: a) por declaración del sujeto pasivo, b) por la actuación de la administración o c) de modo mixto, la caución se presente en el caso de las dos últimas formas de determinación, así cuando la determinación provenga por ejercicio exclusivo o en parte de la Administración Tributaria, el contribuyente que crea en la existencia de un error en la determinación del tributo obligado, deberá presentar una caución correspondiente al 10% de la cuantía expresada en el proceso.

2) *Cuando la obligación tributaria provenga de la oposición del actor a un proceso de ejecución*, en este punto, debemos especificar a qué clases de procedimientos de ejecución hace referencia la norma, se encuentran regulados a partir del artículo 149 del Código Tributario vigente, contenidos dentro del Capítulo V del procedimiento administrativo de ejecución, los cuales hacen referencia, básicamente a las excepciones al procedimiento de ejecución (derivado de un título de crédito emitido por la Administración Tributaria), las cuales se encuentran taxativamente detalladas dentro del

²¹⁶ El artículo innumerado después del 233 del Código Tributario prescribe que:

“Las acciones y recursos que se deduzcan contra actos determinativos de obligación tributaria, procedimientos de ejecución y en general contra todos aquellos actos y procedimientos en los que la administración tributaria persiga la determinación o recaudación de tributos y sus recargos, intereses y multas, deberán presentarse al Tribunal Distrital de lo Fiscal con una caución equivalente al 10% de su cuantía; que de ser depositada en numerario será entregada a la Administración Tributaria demandada.

La caución se cancelará por el Tribunal Distrital de lo Fiscal o Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia si la demanda o pretensión es aceptada totalmente, la que en caso de ser en numerario generará a favor del contribuyente intereses a la misma tasa de los créditos contra el sujeto activo. En caso de aceptación parcial el fallo determinará el monto de la caución que corresponda ser devuelto al demandante y la cantidad que servirá como abono a la obligación tributaria; si la demanda o la pretensión es rechazada en su totalidad, la Administración Tributaria aplicará el valor total de la caución como abono a la obligación tributaria.

Esta caución es independiente de la que corresponda fijarse por la interposición del recurso de casación, con suspensión de ejecución de la sentencia o auto y de la de afianzamiento para hacer cesar medidas cautelares y se sujetará a las normas sobre afianzamiento establecidas en este código.

El Tribunal no podrá calificar la demanda sin el cumplimiento de este requisito, teniéndose por no presentada y por consiguiente ejecutoriada el acto impugnado, si es que dentro del término de quince días de haberlo dispuesto el Tribunal no se la constituyere”.

artículo 212 del Código Tributario²¹⁷, así procederá la caución sobre aquellas excepciones que se encuentren dentro de la norma referida.

3) *Los demás casos en los que la Administración Tributaria persiga el cobro de un tributo*, dentro del artículo 233 del Código Tributario al que hemos hecho referencia previamente, podremos denotar que la referida norma obliga a presentar caución en todos los casos en los que el fisco pretende cobrar un tributo el cual considerado que se le adeuda.

En definitiva, la Corte, al haber efectuado la validez de la aplicabilidad del afianzamiento tributario, ha mermado el pleno acceso a las excepciones y reclamos contra la Administración Tributaria, en tal sentido, existe graves limitantes para acceder a la jurisdicción contenciosa fiscal, en el cual casi la totalidad de los procesos que son puestos a su conocimiento requieren, dentro de un momento procesal –inoportuno- el pago de la caución exigida para dar trámite y resolución a su pretensión.

Esta figura, si bien aún en la actualidad no ha sido aplicada a otras ramas jurisdiccionales, podría sostenerse que, los procesos coactivos regulados por el Código de Procedimiento Civil, así como la impugnación de sentencias emanadas en juicios laborales, en perjuicio del empleador, podría seguir el ejemplo del afianzamiento tributario, si bien estas teorías están lejos de acercarse al grave perjurio cometido con la vigencia de

²¹⁷ El Art. 212 del Código Tributario señala que:

Al procedimiento de ejecución de créditos tributarios sólo podrán oponerse las excepciones siguientes:

- 1.- Incompetencia del funcionario ejecutor;
- 2.- Ilegitimidad de personería del coactivado o de quien hubiere sido citado como su representante;
- 3.- Inexistencia de la obligación por falta de ley que establezca el tributo o por exención legal;
- 4.- El hecho de no ser deudor directo ni responsable de la obligación exigida;
- 5.- Extinción total o parcial de la obligación por alguno de los modos previstos en el artículo 37 de este Código;
- 6.- Encontrarse en trámite, pendiente de resolución, un reclamo o recurso administrativo u observaciones formuladas respecto al título o al derecho para su emisión;
- 7.- Hallarse en trámite la petición de facilidades para el pago o no estar vencido ninguno de los plazos concedidos, ni en mora de alguno de los dividendos correspondientes;
- 8.- Haberse presentado para ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal demanda contencioso tributaria por impugnación de resolución administrativa, antecedente del título o títulos que se ejecutan;
- 9.- Duplicación de títulos respecto de una misma obligación tributaria y de una misma persona; y,
- 10.- Nulidad del auto de pago o del procedimiento de ejecución por falsificación del título de crédito; por quebrantamiento de las normas que rigen su emisión, o falta de requisitos legales que afecten la validez del título o del procedimiento.

la figura del afianzamiento, merecen ser tomadas en consideración, siempre a la luz de los derechos constitucionales del debido proceso; máxima garantía de los ciudadanos dentro de un Estado constitucional de derechos y justicia.

Ahora bien en el ámbito de la práctica diaria, realizamos una entrevista a Miriam Molina Secretaria Abogada de la novena Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario N°1 sobre los efectos que tiene el pago del afianzamiento tributario²¹⁸, ella manifiesta que fueron negativos para el ciudadano y positivo para el SRI, porque en un periodo de 6 meses de enero a junio se archivaron más de 12 causas de 46 que son actos determinativos solo por no pagar el afianzamiento, así lo supo manifestar dicha secretaria, de igual manera considera que el afianzamiento tributario violenta el derecho a la justicia; este criterio lo comparte también el Doctor Leonardo Andrade, juez de la Unidad Distrital de lo Contencioso Tributario Sede Quito, pues el afirma que “el afianzamiento tributario ha causado varios archivos de las causas, dejando al ciudadano en la indefensión, pues este mecanismo es una clara violación al debido proceso, violentando la Constitución y principios generales del derecho, que no salen afectadas más grandes empresas, sino los clase media baja, que no tiene para pagar el afianzamiento, y no poder defenderse ante un acto que puede ser justo como que no lo puede ser, y lo que nos queda a los jueces es aplicar lo que dispone no solo la ley sino también la Corte Constitucional que es el máximo órgano de interpretación constitucional.”²¹⁹

²¹⁸ Miriam Molina, entrevista personal, 27 de Octubre de 2014

²¹⁹ Leonardo Andrade, entrevista personal, 27 de Octubre de 2014

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

1. Si bien existe una amplitud de criterios referentes a la motivación, es innegable que esta se constituye en una garantía básica del Debido Proceso, frente a ello se exige a los jueces fallar en base a los hechos aportados por las partes; en el caso que nos atañe, la sentencia 030-SCN-CC emitida por la Corte Constitucional no logra determinar los hechos para sostener su motivación, ello ha generado que la presente resolución sea polemizada en la academia por alejarse de la realidad procesal tributaria.
2. La tutela judicial efectiva es un derecho fundamental de todo ser humano, tan importante como el derecho a la vida, la salud, o la libertad de credo, en consecuencia limitar su ejercicio vulnera los principios esenciales de los Derechos Humanos; si bien dentro de la presente tesina no se ha analizado a profundidad el alcance de la tutela judicial efectiva, esto no desmerita que se concluya que esta se encontraría conculcada con la aplicación de una figura como el afianzamiento tributario.
3. En concordancia con lo anterior, se puede concluir que el afianzamiento tributario limita el derecho a la tutela judicial efectiva, la cual ha sido entendida como el poder que tiene todo ciudadano para acudir a los órganos jurisdiccionales para pretender la adecuada tutela un derecho presuntamente desconocido o menoscabado, en tal sentido, el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra latente desde que el accionante impulsa su primigenia demanda hasta que la sentencia que no necesariamente es beneficiosa para el actor se encuentre debidamente ejecutada.

4. Si bien existe un largo debate sobre la verdadera naturaleza jurídica del afianzamiento tributario, el autor de esta tesis se inclina a considerarlo como un privilegio procesal a favor de la administración tributaria, y no como un derecho o principio de aplicación a los procesos contenciosos tributarios, en consecuencia, al ser este un privilegio procesal violenta el principio de igualdad de las armas de los litigantes, o la igualdad de condiciones de las partes.
5. La finalidad que hipotéticamente persigue el afianzamiento tributario es ajena a la realidad de los hechos, por cuanto al menos la mitad de las acciones propuestas en sede contencioso tributaria han sido aceptadas, lo cual indica que no puede hablarse de una mala fe procesal por parte de los contribuyentes, es ilógico que se parte de un pseudo principio de mala fe para limitar el acceso a los tribunales contenciosos fiscales.
6. En cuanto a la sentencia dictada por la Corte Constitucional, se denota claramente la falta de motivación y estructura de la sentencia constitucional, no se percibe o entiende donde está la ratio decidendi, es muy escaso la argumentación y conceptualización que da la Corte, pudiendo esta pedir criterios a otros órganos especializados en el tema tributario, pero no lo hizo, haciendo que la obiter dicta sea escasa y que la decisum no sea motivada; además la Corte solo hace un análisis normativo, olvidándose del axiológico, factico, para poder generar una buena argumentación.
7. La Corte al determinar que es una constitucionalidad condicionada, esta afirmando que puede haber más de una interpretación de la norma que por eso la hace condicionada, lo cual no existen mas interpretaciones porque la norma esta clara, y con esta resolución no resuelve el fondo del problema, porque no se está dando solución a lo solicitado que es sobre el acceso a la justicia. La Corte tiene un abanico de mecanismos de control de constitucionalidad, y en este caso específico es la ponderación el mejor mecanismo para solucionar el problema.

8. Finalmente señalaremos que acorde con una adecuada ponderación de derechos, el acceso a la tutela judicial efectiva prima por encima del interés económico del Estado, ya que el primero es un derecho fundamental que ha sido reconocido por los diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos que exigen al Estado la destrucción de obstáculos para que los ciudadanos puedan acceder plenamente a las cortes y tribunales en busca de tutela efectiva de sus derechos.

RECOMENDACIONES

1. En cuanto a la motivación, la Corte Constitucional deberá pedir criterios a la academia, a jueces, a institutos especializados en los diferentes temas que a la Corte se les consulta, para que su argumentación sea más sólida y apegada a la realidad.
2. La Corte deberá tener su propia estructura de sentencias, pues al generar parámetros la motivación será menos complicada y más justa, ya que al no poseer un esquema de lo que debe contener una sentencia para absolver las dudas conceptuales, procedimentales, decisivas, generara dudas y vulnerara el derecho a recibir una respuesta motivada.
3. Al ser el afianzamiento tributario una figura que claramente atenta contra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, serán los jueces que bajo sus potestades discrecionales comiencen a elaborar jurisprudencia que efectivamente subsane el error cometido por parte de la Corte Constitucional, ello por cuanto dentro del estudio se ha demostrado que los jueces al tener certeza sobre la inconstitucionalidad de una norma pueden estar facultados para implicarla a favor de la plena vigencia de los derechos humanos (control difuso de constitucionalidad).

4. Se podrá solicitar nuevamente ante la Corte Constitucional el que se declare, en su totalidad, la inconstitucionalidad del Art. 7 de la Ley de Equidad Tributaria, el mismo que establece la figura del afianzamiento tributario, ya ha existido precedentes en que la Corte ha cambiado totalmente su posición respecto de un caso concreto (Caso ex trabajadores Cervecería Nacional), si bien el referido organismo no goza de legitimidad popular, al ser un órgano político debería empezar a formular reformas sobre este controvertido artículo.

BIBLIOGRAFÍA:

MANUALES Y TEXTOS LEGALES

Alexy Robert, "La fórmula de peso", traducción de Carlos Bernal Pulido, en Miguel Carbonell (editor), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Número 6 de la Serie Justicia y Derechos Humanos-Neo constitucionalismo y Sociedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, Quito, diciembre de 2008

Alexy Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da edición, 2012

Ávila Santamaría Ramiro, *La garantía jurisdiccional: la exigibilidad de los derechos del buen vivir*, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2012.

Ávila Santamaría Ramiro, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008

Balagure Callejón María: *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*, Madrid, Editorial Tecnos S.A, 1997

Caballero Sierra Gaspar, *Corte Constitucional y legislador: contrarios o complementarios*, Ediciones de la Corte Constitucional de Colombia, Bogotá, 2001.

Carbonell Miguel, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, 2008

Cueva Carrión Luis, *El debido proceso*, Quito, Impreseñal Cía. Ltda., 1era. ed., 2001

Chiovenda, José Derecho Procesal Civil, México, Cárdenas Editor, 1990, p. 299

Devis Echandia Hernando, *Teoría general del proceso*. Tomo II. Editorial Universal. Buenos Aires, 1985, p. 503.

Escobar Gil Rodrigo, en “*La modulación de Sentencias de Control Constitucional*”, en Tribunal Constitucional del Ecuador, Jornadas internacionales de derecho constitucional, Quito, 2007

Ferrajoli Luigi, *Derecho y razón*, Editorial Trotta, Madrid España, 7ma. Edición, Lex Nova S.A., 2005

García de Enterría Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo tomo 1*, Palestra-Temis, Bogotá, 2008

Garrorena Morales Ángel, *La Sentencia Constitucional*, Tercera Edición, Editorial Universidad .S.R.S., Mexico, 2004, pag 12-13

Grijalva Jimenez Agustín, *Constitucionalismo en Ecuador*, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2012

Grijalva Jimenez Agustín, *Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional*, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito.

Grizziotti Benvenuto, *Principio de ciencia de las finanzas*, traducción e introducción de Dino Jarach, Buenos Aires, Argentina, Editorial Depalma, 1959

Hernando Devis Echandia, *Teoría general del proceso*. Tomo II. Editorial Universal. Buenos Aires, 1985, p. 503.

Iñaki Esparza Leibar; “El Principio del Proceso Debido”; José María Bosch Editor S.A; Barcelona

Maldonado Muñoz Mauricio, *Afianzamiento tributario y solve et repete*, Corporación de estudios y Publicaciones, Quito, 2011,

Rubio Llorente, F. *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 206-207.

Oyarte Martínez Rafael, “*La Supremacía Constitucional*”, en *Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana*, Quito, Publicaciones del Tribunal Constitucional, 1999

Perrino, Pablo Esteban *El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa*, en *Revista de Derecho Público, Proceso Administrativo I*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2003.

Sagüés Pedro, *Justicia Constitucional y Control de la Ley en América Latina, en la Justicia Constitucional en la Actualidad*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2002.

Storini Claudia, “*Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008*”, en *La nueva Constitución del Ecuador, Estado derecho e instituciones*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, 2009

Soler Osvaldo, *Derecho Tributario*, Editorial La Ley, 3ra edición, Buenos Aires, 2008, Pág. 316.

Vargas Lima Alan, *las sentencias constitucionales y su modulación en la jurisprudencia del tribunal constitucional boliviano*, La Paz-Bolivia, 1era edición, FUNDA, 2007.

Villamil Portilla Edgardo, *Estructura y Redacción De La Sentencia Judicial*, Editorial Trotta, Madrid España, 2ma. Edición, PAFR. S.A. 2005.

Zabala Egas Jorge, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Guayaquil, EDILEX S.A., 2011

Zagrebelsky Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Editorial Trotta, Madrid, 1995.

Zagrebelsky Gustavo, “*El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*”, traducción de Marina Gascón Abellán, Madrid, Editorial Trotta, cuarta edición, 2004

MATERIAL INFORMÁTICO:

Agustín Grijalva, *Independencia Judicial y Derechos en Ecuador*

<http://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/3570/1/RFLACSO-E83-03->

Grijalva.pdf, Acceso: 07 de octubre de 2014

Ángel Guillermo Arias Inga, *Garantías Básicas del Derecho al Debido Proceso en la Constitución Ecuatoriana De 2008*

<http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2950/1/td4360.pdf>, Acceso: 26 de septiembre del 2014

Carolina Cinthia Duarte y otros, *Control de constitucionalidad concentrado y difuso*,

<http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/duarte.pdf>, Acceso: 07 de septiembre de 2014

Carla, Espinoza Cueva, *Teoría de la Motivación*,

<http://aceproject.org/ero-en/regions/americas/EC/ecuador-teoria-de-las-motivacion-de-las>, Acceso: 29 de septiembre de 2014

Ciro Milione, *El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el derecho a la claridad*,

http://www.acoes.es/congresoXI/pdf/M4Com-Ciro_Milione.pdf, Acceso: 25 de septiembre de 2014

David. B, Teoría de la legitimidad: Weber y Habermas

<http://teoriaypraxis sociologica.wordpress.com/author/dhabhyz>, Acceso: 20 de Noviembre de 2014

Daniel G. Gorra, *Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy: Sistema de Ponderación de Principios*

http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/teoria_de_la_argumentacion_juridica_al_exy.pdf, Acceso: 13 de octubre del 2014

Eduar Rubio Barboza, *Control Constitucional: El Sistema Difuso de Constitucionalidad*
http://www.derechoycambiosocial.com/revista025/control_constitucional.pdf, Acceso: 07 de septiembre de 2014

Fernando Javier Rosso, *El Solve Et Repete en el Derecho Tributario Argentino: Problemas y soluciones posibles*
<http://imgbiblio.vaneduc.edu.ar/fulltext/files/TC051174.pdf>

Fernando Garrido Falla. *Tratado de Derecho Administrativo*. Edición 4ª, Volumen I, Parte General. Instituto de Estudios Políticos. Madrid – España. 1966. P. 541
Diana Gabriela D'ambrocio, *La regla del “Solve et repete” en materia tributario: un privilegio procesal a favor del fisco*.
<http://gabrieladambrocio.blogspot.com/>, Acceso: 08 de octubre del 2014.

Gabriela D'Ambrocio, *Control concreto de constitucionalidad*
<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2013/11/28/control-concreto-de-constitucionalidad>, Acceso: 09 de septiembre de 2014

Hernán Alejandro Olano, *Tipología de nuestras sentencias constitucionales*,
http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/13Olanoult..pdf, Acceso: 27 de septiembre del 2014

Hermes Sarango Aguirre, *El Debido Proceso y El Principio de Motivación de Las Resoluciones/Sentencias Judiciales*
<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/422/1/T627-MDE-Sarango-El%20debido%20proceso%20y%20el%20principio%20de%20motivaci%C3%B3n%20de%20las%20resoluciones....pdf>, Acceso: 26 de septiembre de 2014,

Juan Francisco Guerrero del Pozo, *Aproximación al Control Abstracto en el Ecuador. La acción de Inconstitucionalidad*,

http://www.dgalegal.com/sites/default/files/documentos/control_abstracto_de_constitucionalidad_.pdf, Acceso: 03 de septiembre de 2014

Judith Salgado Álvarez, *Límites y posibilidades emancipatorias en la jurisprudencia constitucional*,

<http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/CentrodeReferencia/Temasdeanalis2/dh-democraciayemancipacion/judithsalgado.pdf>, Acceso: 28 de septiembre del 2014

Minor E. Salas, *¿Qué significa fundamentar una sentencia?*

<http://www.uv.es/cefd/13/minor.pdf>, Acceso: 25 de septiembre de 2014

Manuel E. Ventura Robles, *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Acceso a La Justicia e Impunidad*

www2.ohchr.org/spanish/issues/democracy/.../PonenciaMVentura.doc, Acceso: 19 de octubre de 2014, hora: 14:51.

Miguel A. Camba Campos, *Justicia y Control Constitucional*

http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=16&Itemid=27

Nicolás Salas Parra, *Importancia de la modulación de sentencias de control constitucional*

<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2009/08/12/importancia-de-la-modulacion-de-sentencias-de-control-constitucional>, Acceso: 28 de septiembre de 2014

Oswaldo Santos Dávalos, *Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador sobre la constitucionalidad de la obligación del afianzamiento tributario*,

<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2982/1/09-Jurisprudencia.pdf>, Acceso: 07 de octubre del 2014, Hora: 10:55.

Philip Montesdeoca P, *El afianzamiento de las obligaciones tributarias de acuerdo con la Ley de Equidad Tributaria*,

<http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/22000/5368/1/T-PUCE-5594.pdf>, Acceso: 07 de octubre del 2014.

Rocío Aguinaga Aillón, *La modulación y efectos de las sentencias sobre demandas en acciones de inconstitucionalidad*,

[http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1121/1/T822-MDE-Aguinaga-](http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1121/1/T822-MDE-Aguinaga-La%20modulaci%C3%B3n%20y%20efectos%20de%20las%20sentencias.pdf)

[La%20modulaci%C3%B3n%20y%20efectos%20de%20las%20sentencias.pdf](http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1121/1/T822-MDE-Aguinaga-La%20modulaci%C3%B3n%20y%20efectos%20de%20las%20sentencias.pdf), Acceso: 28 de septiembre de 2014

Raúl Alfredo Gómez Frutos, *Razonamiento judicial en las resoluciones judiciales*,

[https://docs.google.com/document/d/1wC7NtDetHVj87En3hUZs0UXMrDO4N3vDeHQxJS](https://docs.google.com/document/d/1wC7NtDetHVj87En3hUZs0UXMrDO4N3vDeHQxJSNqEg/edi)

[NqEg/edi](https://docs.google.com/document/d/1wC7NtDetHVj87En3hUZs0UXMrDO4N3vDeHQxJSNqEg/edi), Acceso: 27 de septiembre de 2014

Tribunal Constitucional del Perú, *Expediente. N° 006-96-I/TC*

http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php, Acceso: 17 de octubre del 2014

Sandra Helena Portilla, *Corte constitucional colombiana y Tribunal constitucional ecuatoriano en el control abstracto de constitucionalidad: ¿legisladores positivos?*

<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2401/1/T0184-MDE>

[PortillaCorte%20Constitucional.pdf](http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2401/1/T0184-MDE), Acceso: 30 de septiembre del 2014

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia N° 030-SCN-CC, Registro Oficial S. 359 Publicado: 10 de enero del 2011, Fecha Emisión: 02 diciembre del 2010

Jurisprudencia N° 0006-09-SIC-CC, Registro Oficial S. 43 Publicado el 08 octubre 2009 Fecha Emisión 01 de Octubre del 2009

Jurisprudencia N° 0636-07-RA, Registro Oficial S. 164 Publicado: 06 Sep 2007 Fecha Emisión: 22 Aug 2007

Jurisprudencia N° 0616-06-RA, Registro Oficial S. 215 Publicado: 20 Nov 2007 Fecha Emisión: 05 Nov 2007.

Jurisprudencia N° 0006-10-SEP-CC, Registro Oficial S. 159 publicado el 26 Marzo de 2010 fecha emisión: 24 Febrero de 2010.

Jurisprudencia N° 019-11-SEP-CC, Registro Oficial S. 572 Publicado: 10 Nov 2011 Fecha Emisión: 01 de septiembre del 2011

Jurisprudencia N° 0789-2003-RA, Registro Oficial 324 Publicado: 29 de abril del 2004 Fecha Emisión: 08 de abril del 2004

Sentencia No. 001-10-PJO-CC, caso No. 0893-09-EP, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No. 351 del 29 de diciembre de 2010. p. 7

Sentencia No. 025-12-SIN-CC del 04 Septiembre de 2012 emitida por la Corte Constitucional para el periodo de transición; Registro Oficial 781, fecha de publicación: 04 de septiembre de 2012.

Sentencia C-492/2000 de la Corte Constitucional Colombiana,
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6119>, Acceso: 12 de octubre del 2014

Corte Constitucional, *Sentencia N° 001-13-SCN-CC*
http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/2S-ro_890_Gaceta_Const_001.pdf, Acceso: 09 de septiembre de 2014

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 001-13-SCN-CC, Registro Oficial No. 890 de fecha miércoles 13 de febrero del 2013.

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-327/03*.

del 2014, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-327-03.htm>, Acceso: 30 de septiembre Hora: 14:49

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia de Unificación nº 047/99 de Corte Constitucional, 29 de Enero de 1999*
<http://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43562369>, Acceso: 27 de septiembre del 2014, Hora: 19:17.

Corte Constitucional para el período de transición, Jurisprudencia N° 173-12-SEP-CC, Registro Oficial S. 724 Publicado: 14 Jun 2012.

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-397/97*
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-397-97.htm>, Acceso: 28 de septiembre de 2014

LEGISLACIÓN.

Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, publicada en el tercer suplemento del Registro Oficial No. 242 del 29 de diciembre del 2007

Constitución del Ecuador de 1998
<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador98.html>, Acceso: 04 de septiembre de 2014, Hora: 11:15.

Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de Las Competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición, Registro Oficial S. 466 de fecha 13 de noviembre del 2008.

Ley Orgánica de Control Constitucional, Registro Oficial 99 Publicado: 02 Jul 1997, Estado: Derogado.

Convención Americana de Derechos Humanos, Registro Oficial 801, publicado: 06 de agosto de 1984, fecha emisión 22de noviembre 1969.

Constitución de la República del Ecuador, publicada en el R.O. No. 449 de 20 de octubre de 2008

Código Orgánico de Participación Ciudadana y Control Social, suplemento del registro oficial No. 490, del 9 de Septiembre del 2011.

Código Orgánico de la Función Judicial, suplemento del registro oficial No. 544, del 9 de Marzo del 2009.

LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, remitida a la Asamblea Nacional, por el Econ. Rafael Correa D. Presidente de la República, Oficio T. 4431-SGJ-09-1491 de 10 de junio de 2009

REVISTAS

Claudia Storini, Las garantías de los derechos en las constituciones de Bolivia y Ecuador, Foro Revista de Derecho UASB-Ecuador, No.14, 2010, Quito, 2010

Corte Constitucional del Ecuador, Doctrina N° s/n, EDLE, Publicado 01 de marzo de 2012.

Gerardo Monroy Cabra citado por Alex Iván Valle, *Inconstitucionalidad por omisión en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana*, sentencia No. 001-1L-SIO-CC, en Revista de Derecho Universidad Andina Simón Bolívar, No. 13, Quito, 2010, págs. 149-150.

Exposición de Motivos para la expedición de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, remitida a la Asamblea Nacional, por el Econ. Rafael Correa D. Presidente de la República, en calidad de proyecto. Oficio T. 4431-SGJ-09-1491 de 10 de junio de 2009. . referencia 6 de abril del 2012, disponible en Word Wide Web. www.derechoecuador.com

Corte Constitucional del Ecuador, Doctrina N° s/n, EDLE, Publicado 01 de marzo de 2012.

TESIS

Morgovejo Diego La admisibilidad y la aceptación de la acción extraordinaria de protección en el sistema ecuatoriano en casos de violación del debido proceso y tutela judicial, Tesis, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2011, pág. 24

José Augusto García, Los derechos constitucionales del colectivo de gays, lesbianas, bisexuales, transexuales, travestis e intersexuales (GLBT-I) y sus restricciones dentro del régimen civil ecuatoriano relacionado con las uniones de hecho, tesis, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2014, pág 53.

ENTREVISTAS:

Miriam Molina, entrevista personal, 27 de Octubre de 2014

Leonardo Andrade, entrevista personal, 27 de Octubre de 2014

ANEXOS



Quito, D. M., 02 de diciembre del 2010

Sentencia N.º 030-SCN-CC

Caso N.º 0056-10-CN

Juez Constitucional Ponente: Dr. Hernando Morales Vinueza

LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

I. ANTECEDENTES

Resumen de Admisibilidad

La presente Consulta de Constitucionalidad ha sido propuesta ante la Corte Constitucional, para el periodo de transición, por los señores: Dr. Fernando Muga Jara, Ab. Andrés Piedra Pinto y Dr. Jorge Hernández Poveda, Jueces de la Tercera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal N.º 2 de Guayaquil, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 428 de la Constitución de la República.

Habiéndose efectuado el sorteo respectivo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 195 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, correspondió al Dr. Hernando Morales Vinueza actuar como juez ponente.

Detalle de la Acción Propuesta

Antecedentes de hecho y fundamentos de derecho

La presente Consulta Constitucional es formulada por los señores: Dr. Fernando Muga Jara, Ab. Andrés Piedra Pinto y Dr. Jorge Hernández Poveda, Jueces de la Tercera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal N.º 2 de Guayaquil, quienes manifiestan: Que el ciudadano Enrique Javier Zavala Alarcón propuso demanda contencioso tributaria en contra del Servicio de Rentas Internas Regional Sur, por diferencias en la declaración de impuesto a la renta del periodo fiscal 2006, demanda en la cual se dispuso el cumplimiento de lo ordenado en el artículo 7 de la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria del Ecuador, esto es, que se

Handwritten signature/initials.

pague la caución del 10% del total del acto de determinación tributaria impugnado, lo que el actor consideró inconstitucional; por esta razón, los jueces de la Tercera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal N.º 2 de Guayaquil, conforme lo previsto en el artículo 428 de la Constitución de la República, disponen la suspensión del trámite de la causa N.º 2010-0055 y elevar los autos ante la Corte Constitucional, a fin de que se pronuncie sobre la constitucionalidad o no del artículo 7 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador.

Petición Concreta

Con estos antecedentes, formulan la presente consulta y solicitan que la Corte Constitucional se pronuncie acerca de la constitucionalidad del artículo 7 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, publicada en el tercer suplemento del Registro Oficial N.º 242 del 29 de diciembre del 2007.

Norma jurídica cuya constitucionalidad se consulta

La norma jurídica, cuya constitucionalidad es objeto de consulta, es la contenida en el artículo 7 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, publicada en el tercer suplemento del Registro Oficial N.º 242 del 29 de diciembre del 2007, que dispone lo siguiente:

Artículo 7.- A continuación del art. 233 (del Código Tributario), agréguese el siguiente:

“Art. (...) Afianzamiento.- Las acciones y recursos que se deduzcan contra actos determinativos de obligación tributaria, procedimientos de ejecución y en general contra todos aquellos actos y procedimientos en los que la administración tributaria persiga la determinación o recaudación de tributos y sus recargos, intereses y multas, deberán presentarse ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal con una caución equivalente al 10% de su cuantía, que de ser depositada en numerario será entregada a la Administración Tributaria demandada.

La caución se cancelará por el Tribunal Distrital de lo Fiscal o Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia si la demanda o pretensión es aceptada totalmente, la que en caso de ser en numerario generará a favor del contribuyente intereses a la misma tasa de los créditos contra el sujeto activo. En caso de aceptación parcial el fallo determinará el monto de la caución que corresponda ser devuelta al demandante y la cantidad





que servirá como abono a la obligación tributaria; si la demanda o la pretensión es rechazada en su totalidad, la Administración Tributaria aplicará el valor total de la caución como abono a la obligación tributaria.

Esta caución es independiente de la que corresponda fijarse por la interposición del recurso de casación, con suspensión de ejecución de la sentencia o auto y de la de afianzamiento para hacer cesar medidas cautelares y se sujetará a las normas sobre afianzamiento establecidas en este Código.

El Tribunal no podrá calificar la demanda sin el cumplimiento de este requisito, teniéndose por no presentada y por consiguiente ejecutoriada el acto impugnado, si es que dentro del término de quince días de haberlo dispuesto el Tribunal no se la constituyere”.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia de la Corte

El Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, es competente para conocer y resolver la presente consulta de constitucionalidad planteada por los Jueces de la Tercera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal N.º 2 de Guayaquil, de conformidad con lo previsto en los artículos 428 y 429 de la Constitución de la República, así como los artículos 141, 142, 143 y literal *b* del artículo 191 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Registro Oficial (Segundo Suplemento) N.º 52 del 22 de octubre del 2009, en concordancia con el segundo inciso del artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N.º 544 del 9 de marzo del 2010.

La presente acción ha sido tramitada de conformidad con el ordenamiento jurídico constitucional y legal aplicable al caso, por lo que se declara su validez.

Legitimación activa

Los Jueces de la Tercera Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal N.º 2 de Guayaquil se encuentran legitimados para interponer la presente consulta de constitucionalidad, conforme lo establecido en el artículo 428 de la Constitución

d
ve

de la República; artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y artículo 4, segundo inciso del Código Orgánico de la Función Judicial.

Naturaleza jurídica de la consulta de constitucionalidad

Respecto a la naturaleza y alcance del control concreto de constitucionalidad que efectúa la Corte, en virtud de lo dispuesto en el artículo 428 de la Constitución de la República, se ha dicho que esta facultad consultiva *“...implica un cambio del modelo jurídico y justifica su existencia, toda vez que busca generar coherencia en el ordenamiento jurídico y la materialidad de la supremacía de la Constitución... Con ello se favorece a los órganos de justicia en la aplicación de derechos constitucionales y tratados relativos a derechos Humanos¹”*.

En este sentido, se otorga a la Corte Constitucional la facultad de conocer sobre la constitucionalidad de las normas jurídicas que los jueces consideran inconstitucionales durante el transcurso de un proceso, con la finalidad de dar coherencia al ordenamiento jurídico y coadyuvar al cumplimiento de mandatos constitucionales.

Bajo aquel escenario, la Corte se pronuncia acerca de la inconstitucionalidad o no de la norma acusada, para lo cual se analizará si dicha norma viola derechos constitucionales, en lo fundamental, el derecho al acceso a la justicia y el derecho a la tutela efectiva.

Consideraciones de la Corte Constitucional

Con estos antecedentes, corresponde a la Corte Constitucional determinar si la norma contenida en el artículo 7 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, que en definitiva reformó el Código Tributario, puesto que mandó a agregar un artículo innumerado a continuación del artículo 233 del referido Código, se encuentra en contradicción con la norma constitucional que establece el derecho de acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, ya que la referida norma exige, previo a la calificación de la demanda, la presentación de una caución equivalente al 10% de la cuantía, sin la cual se tendría por no presentada la demanda.

Conviene precisar que la norma, cuya inconstitucionalidad se demanda, entró en vigencia el 29 de diciembre del 2007 a partir de su publicación en el Tercer

¹ Corte Constitucional del Ecuador; Sentencia No. 0001-09-SCN-CC; JP: Dr. Roberto Bhrunis Lemarie.

d
Cem



Suplemento del Registro Oficial N.º 242, es decir, bajo el amparo del anterior ordenamiento constitucional de 1998, norma suprema que fue derogada por la Disposición Derogatoria Única, contenida en la Carta Suprema del 20 de octubre del 2008. Por tanto, el análisis constitucional se realizará tomando en consideración la actual normativa constitucional, por disposición de la propia Constitución, que al momento de derogar la Constitución Política de 1998 y toda norma contraria al nuevo texto constitucional, estableció que el resto del ordenamiento permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución.

Concretamente, los accionantes consideran que la norma impugnada vulnera el derecho de acceso gratuito a la justicia, consagrado en el artículo 75 de la Constitución de la República vigente, derecho que no fue reconocido en el anterior texto constitucional y, por tanto, se torna indispensable para el análisis constitucional confrontar las disposiciones contenidas en la norma demandada con las disposiciones constitucionales vigentes, para determinar, bajo este nuevo orden constitucional, si la norma contenida en el artículo 7 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador puede subsistir en el ordenamiento jurídico o no. Bajo este argumento, la norma impugnada, a pesar de ser una norma expedida antes de la vigencia de la Constitución de la República de 2008, al estar vigente y producir efectos jurídicos, será objeto de control constitucional bajo la Constitución del 2008.

Efectuada la precisión, la Corte delimita su reflexión en torno a dos problemas jurídicos: 1.- La norma consultada ¿viola el derecho de acceso gratuito a la justicia consagrado en el artículo 75 de la Constitución?; y, 2.- La norma consultada ¿viola el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses, consagrado en el artículo 75 de la Constitución?

1.- La norma acusada ¿viola el derecho de acceso gratuito a la justicia consagrado en el artículo 75 de la Constitución?

De acuerdo a lo señalado, uno de los argumentos expuestos por los accionantes menciona que, conforme lo previsto en el artículo 75 de la Constitución de la República, que consagra el derecho al acceso gratuito a la justicia, la norma acusada estaría en contradicción con dicho precepto constitucional, puesto que no se puede exigir la presentación de una caución como requisito para interponer una acción o recurso contra actos de determinación de obligación tributaria, procedimiento de ejecución, y en general contra todos aquellos actos y procedimientos en los que la administración tributaria persiga la determinación o recaudación de tributos y sus recargos, intereses y multas; es decir, bajo este

[Handwritten signature]
cu

argumento no se puede exigir el pago de ningún rubro o monto para ejercer el derecho de acceso a la justicia.

Corresponde a esta corte determinar si el artículo 7 de la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria del Ecuador, que reformó el Código Tributario, vulnera el derecho de acceso gratuito a la justicia, objeto de la consulta de constitucionalidad planteada. Este derecho, a juicio de la Corte, implica la posibilidad de que cualquier persona pueda acudir a los órganos jurisdiccionales sin limitaciones, y exigir la resolución de una controversia de acuerdo a las pretensiones formuladas. Este derecho tiene íntima relación con el derecho subjetivo de la acción, mediante el cual acudimos a los órganos de justicia para obtener la tutela del Estado. ¿Cómo accedemos a dichos órganos? En líneas generales, los ciudadanos ejercen su derecho de acción y acceso a la justicia cuando se presenta la respectiva demanda ante el órgano judicial pertinente, se lleva el proceso con las debidas garantías y finalmente se obtiene una decisión motivada en derecho. El juez o tribunal no podrá rehusarse a examinar el contenido de la demanda aduciendo el pago de cauciones que implican erogaciones de carácter económico, por cuanto estaríamos limitando el acceso a la administración de justicia.

El principio de gratuidad en el acceso a la justicia se encuentra previsto en el numeral 4 del artículo 168 de la Constitución de la República, que establece que la administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará, entre otros, el principio de acceso a la administración de justicia en forma gratuita, señalando que la ley establecerá el régimen de costas procesales. Así también, dicho principio está recogido en normas infraconstitucionales, como es el caso del artículo 12 del Código Orgánico de la Función Judicial.

En el marco del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos se sostiene que: *"...los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o a los tribunales en busca de que sus derechos sean protegidos o determinados. Consecuentemente, cualquier norma o medida estatal, en el orden interno, que dificulte de cualquier manera, uno de ellos puede ser la imposición de costos, el acceso de los individuos a los tribunales y que no esté justificado por necesidades razonables de la propia administración de justicia, debe entenderse como contraria a la citada norma convencional²";* es decir, la imposición de trabas, como la exigencia injustificada de costos, limita

² Ventura Robles, Manuel; Estudios sobre el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos; San José, Editorama S.A., 2007, pág. 348-349.

2
cr




el acceso de los individuos a los tribunales, contrariando el artículo 8, numeral 1 y artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En ese sentido, la Constitución de la República y la Convención Americana de Derechos Humanos garantizan el derecho de acceso a la justicia en el sentido de que no se podrá interponer ninguna limitante o carga injustificada en torno al ejercicio de este derecho en contra del administrado.

En el caso *sub examine*, este derecho adquiere connotaciones distintas. A juicio de la Corte, la exigencia del pago de la caución del 10%, previo a calificar la demanda, constituye una exigencia injustificada para acceder a la administración de justicia; es decir, constituye una limitante o traba que impide a los ciudadanos acudir a los jueces y tribunales en busca de que sus derechos sean protegidos o determinados. En ese orden de ideas, es claro que la exigencia de la caución del 10% no constituye un costo/gasto en perjuicio del administrado, ya que se trata de un valor restituible que se lo deposita a título de garantía. En tal virtud, lo que se ve afectado con la norma acusada no es la gratuidad en la administración de justicia, sino el acceso a los órganos que administran justicia.

Efectivamente, tal y como está prevista la norma acusada deviene en inconstitucional, por limitar el derecho al acceso a la administración de justicia. Es claro para la Corte que la inconstitucionalidad está dada en función del momento en que se exige la rendición de la caución, mas no el cobro en sí mismo, por cuanto no se afecta el mandato constitucional de gratuidad en la administración de justicia.

La Corte, en reiteradas oportunidades, ha venido sosteniendo el carácter de último ratio de la declaratoria de inconstitucionalidad, priorizando la tarea del legislador y pregonando por la conservación del derecho³; es así como se encuentra plenamente justificada la adopción de sentencias constitucionales modulativas, que tiene como propósito garantizar la vigencia de los derechos constitucionales y la supremacía constitucional (artículo 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional).


³ Véase Corte Constitucional del Ecuador; Casos No. 0008-09-IN y 0011-09-IN, JP Patricio Pazmiño Freire.

ce

2.- La norma consultada ¿viola el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, consagrado en el artículo 75 de la Constitución?

La Constitución de la República proclama, como deber primordial del Estado, garantizar, sin discriminación alguna, el efectivo goce de los derechos establecidos en la misma y en los instrumentos internacionales; y en concordancia con aquel postulado, el artículo 75 ibídem establece que toda persona tiene derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, y en ningún caso quedará en indefensión.

El derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita, consagrado en el artículo 75 de la Constitución de la República, se encuentra además reconocido en varios instrumentos internacionales, a saber: Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, entre otros.

De esta forma, el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclama: *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”*.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en forma similar a los demás instrumentos internacionales, consagra el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos, en su artículo 8 titulado “garantías judiciales”, los siguientes derechos:

“1.- Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

En esta línea, el artículo 25, numeral 1 ibídem, dispone: *“Protección Judicial.- 1.- Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la*

2
ali



ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

Este derecho constitucional ampliamente garantizado es conocido como “Derecho a la jurisdicción” en el entendimiento de que cualquier ciudadano, ante una controversia o ante la necesidad de esclarecimiento de un hecho, pueda acudir con las debidas garantías ante un tribunal nacional o internacional para encontrar una solución.

En este enfoque, el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las personas tiene relación con el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para que, luego de un proceso que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y la ley, se haga justicia; por tanto, se puede afirmar que su contenido es amplio y en éste se diferencian tres momentos: el primero relacionado con el acceso a la justicia, el segundo con el desarrollo del proceso en un tiempo razonable, y el tercero que tiene relación con la ejecución de la sentencia, esto es, acceso a la jurisdicción, debido proceso y eficacia de la sentencia.

Bajo este entendido, la Corte considera que el derecho a la tutela judicial efectiva es sinónimo de eficiencia del sistema de administración de justicia. Un sistema es eficiente si el órgano jurisdiccional cumple con ciertas condiciones que le impone la Constitución y brinda a los ciudadanos un trato justo y equitativo, respetando en todas las fases de los procesos las garantías básicas del debido proceso, concluyendo con la expedición de una sentencia que sea oportuna, motivada y justa para las partes.

Así enmarcado este derecho, es claro que el acceso a los tribunales de justicia forma parte medular de este derecho. De esta forma, el derecho a la tutela efectiva comprenderá la eliminación de todos los obstáculos que impidan ese libre acceso a la jurisdicción. Es evidente que la limitación al acceso al sistema jurisdiccional constituye una restricción injustificada al derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita.

Por otro lado, es importante reiterar que este derecho *“es una garantía genérica aplicable a todo procedimiento; es decir, que no es una garantía propia del derecho represivo, sino que puede ser invocada por los ciudadanos ante cualquier supuesto en que se produzca alguna indefensión, en cualquier clase de proceso, aunque no sea penal o sancionador”⁴.*

⁴ Jéssica K. Gavaldá; temas actuales de Derecho Tributario, la tutela judicial efectiva en el derecho tributario; Barcelona; J.M. BOSCH Editor, 2005, pág. 145.

cu

En materia tributaria, la Corte sostiene la idea de que la tutela judicial efectiva tiene dos propósitos fundamentales: 1.- Eliminar las trabas a la habilitación de la instancia jurisdiccional; y, 2.- Otorgar protección judicial real y efectiva. Estos propósitos se logran garantizando el acceso a la administración de justicia.

En el caso *sub examine*, la ley tributaria pone a disposición de los administrados medios de impugnación efectivos, constituyéndose garantías importantes a su favor, pero al mismo tiempo se está restringiendo este acceso a la presentación de una acción previo a la calificación de la demanda, imponiéndose un obstáculo injustificado. Con dicha norma, el derecho a la tutela efectiva está fuertemente limitado, puesto que la no calificación de la demanda deriva de la aplicación de una norma que viola derechos constitucionales. Al respecto, conviene señalar que *“el derecho de acceso al proceso solo podrá ser correctamente limitado en virtud de la concurrencia de otro derecho o libertad constitucionalmente protegido y que suponga incompatibilidad con el mismo, es pues precisa la concurrencia de una causa legalmente establecida conjuntamente con la imposibilidad de realizar una interpretación favorable al ejercicio del derecho de acceso, para poder denegar el mismo sin vulnerar por ello el derecho a la tutela judicial efectiva”⁵*.

En este sentido, la posibilidad de presentar una acción o de impugnar una resolución tiene estrecha relación con el derecho de acceso a la justicia, el cual no puede ser desconocido por ninguna norma, so pena de tornarse inconstitucional, al impedir que el contribuyente lleve su litigio a la vía judicial en contra del Fisco. *“Dicha garantía constitucional de acceso a la justicia es irrenunciable, resultando un derecho operativo que es una natural derivación del derecho a la defensa en juicio y que encierra una potestad que se desarrolla en varios y sucesivos momentos: derecho de acceder al órgano judicial, de deducir las pretensiones, de producir pruebas, de obtener un pronunciamiento justo y de ejecutarlo y de recurrir a las instancias superiores para obtener una revisión de lo decidido”⁶*. Esto lleva a la Corte a concluir que la exigencia de la caución en materia tributaria, previo a la calificación de la demanda, configuraría denegación de justicia.

La norma consultada, es decir, el artículo 7 de la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria del Ecuador que reformó el Código Tributario, para guardar conformidad con la Constitución de la República debe contener una finalidad

⁵ Iñaki Esparza Leibar; El Principio del Debido Proceso; Barcelona, BOSCH Editor S.A., 1995; pág. 222.

⁶ Luis R. Carranza Torres; Derecho Tributario, de la teoría a la práctica; Buenos Aires; LEGIS; Argentina S.A., 2006, pág. 303.



legítima, que respete los derechos constitucionales. En ese orden, la exigencia de presentar una caución equivalente al 10% de la cuantía, para deducir acciones y recursos contra actos determinativos de obligación tributaria, procedimientos de ejecución y en general contra todos aquellos actos y procedimientos en los que la administración tributaria persiga la determinación o recaudación de tributos y sus recargos, intereses y multas, tendría al menos dos finalidades para el legislador: una relacionada con impedir el abuso del derecho de acción, es decir, de acudir injustificadamente ante la administración de justicia, contrariando los principios fundamentales de eficacia y eficiencia del aparato judicial, e incluso afectando derechos de terceros que requieren una tutela judicial efectiva; y, la otra que pretende imposibilitar la evasión del cumplimiento de obligaciones tributarias, puesto que si la demanda o pretensión es rechazada en su totalidad, la Administración Tributaria aplicará el valor total de la caución como abono a la obligación tributaria.

Ahora bien, cabe preguntarse si estas dos finalidades son legítimas a la luz de la Constitución. La Corte no pretende desconocer que el hecho de exigir una caución reduce en gran número la presentación de demandas y recursos sin fundamento, y que la Administración Tributaria debe tener un respaldo de cobro generado por la obligación tributaria; en ese sentido, se advierte que ambos propósitos responden a un fin constitucional y por tanto legítimo, que no son otros que garantizar los principios constitucionales que rigen la administración de justicia (artículo 168 constitucional) y en materia tributaria (artículo 300 constitucional).

La Corte es conciente de la necesidad que tiene el Estado de asegurar la determinación y cobro de tributos, más aún si se trata de contribuir a la consolidación de una cultura tributaria en el país que beneficiará a la ciudadanía en general; no obstante, no resulta tolerable que la medida adoptada por el legislador para evitar el fraude al Fisco o la evasión tributaria sacrifiquen derechos fundamentales garantizados por la Constitución, como es el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la tutela efectiva, que comprende, como bien lo manifestamos anteriormente, el derecho de acceso a la jurisdicción. Situación muy diferente es el hecho de que la exigencia de depósito de la caución del 10% (fin constitucional legítimo) sea efectuado con posterioridad a la calificación de la demanda, toda vez que no existiría violación al derecho de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva.

En consecuencia, esta Corte considera que el inciso final de la norma consultada, tal y como está planteada, contraviene el artículo 75 de la Constitución de la República, pues la obligación de rendir caución para acceder a la justicia no es

Handwritten signature/initials.

compatible con posprincipios constitucionales señalados a lo largo de esta sentencia, pues se estaría desechando sin más las demandas que se presenten sin el cumplimiento de este requisito establecido en el Código Tributario. Se insiste en la imposibilidad de condicionar el acceso a la administración de justicia a la consignación de un determinado valor por concepto de caución.

Ante este hecho, es necesario que la Corte encuentre una solución adecuada al problema de inconstitucionalidad planteado, que no puede darse con la declaratoria de inconstitucionalidad plena, por ser una solución extrema y que no ofrece mayores respuestas al problema de inconstitucionalidad que se ha planteado al juez constitucional. En ese sentido, la Corte, en virtud de lo señalado *ut supra* y siguiendo la línea de anteriores sentencias⁷, por considerar que la declaratoria de inconstitucionalidad es de “*ultima ratio*”, recurrirá al uso de la herramienta prevista en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, esto es el uso de “sentencias modulativas”, para mantener la norma demandada en el ordenamiento, condicionando su permanencia a la interpretación que realizará esta Corte, favoreciendo el principio de conservación de la ley. Como bien lo señalan algunos sectores de la doctrina, el uso de estas sentencias justifica la labor de los jueces constitucionales en el entendido de que “... (se) *neutraliza la parte insana del contenido normativo y garantiza la continuidad del precepto en el ordenamiento, pero en armonía con la parte sana de su contenido normativo. Gracias a la operación cumplida ese contenido normativo sobrevive, aunque reducido en su extensión original, pues, se repite, su parte inconstitucional es neutralizada*”⁸.

En el caso *sub examine*, esta Corte constata que el afianzamiento en materia tributaria no es una norma inconstitucional por cuanto persigue un fin constitucional que es legítimo, es decir, la inconstitucionalidad deriva de la forma como fue prevista por el legislador (momento en que se requiere de la rendición de la caución), mas no de lo que regula o pretende regular. Por lo tanto, se declara la constitucionalidad de la disposición impugnada, pero bajo la condición de que la caución del 10% sea presentada una vez calificada la demanda, preservando así el derecho constitucional de acceso a la administración de justicia y tutela judicial efectiva.

En definitiva, del análisis del caso remitido en consulta se desprende que el artículo agregado a continuación del artículo 233 del Código Tributario, por el

⁷ Véase por ejemplo, Corte Constitucional del Ecuador; Casos No. 0021-09-IA y 0005-08-AN.

⁸ Rodrigo Escobar Gil; *Modulación de las Sentencias de Control Constitucional*; en Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional, Quito, Tribunal Constitucional, 2007, pág. 243.

d
an



artículo 7 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial N.º 242 del 29 de diciembre del 2007, es constitucional y, por tanto, compatible con la norma constitucional contenida en el artículo 75, siempre que el afianzamiento en materia tributaria se realice conforme lo expresado en la presente sentencia, que busca proteger el derecho constitucional de las personas de acceso a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, como lo ha resuelto el Pleno de la Corte Constitucional, mediante sentencia expedida en los Casos N.º 0021-09-CN, 0034-09-CN, 0035-09-CN, 0036-09-CN, 0038-09-CN, 0002-10-CN, 0005-10-CN, 0006-10-CN, 0017-10-CN, 0020-10-CN, 0021-10-CN, 0022-10-CN, 0023-10-CN, 0024-10-CN, 0028-10-CN, 0033-10-CN, 0034-10-CN, 0035-10-CN, 0037-10-CN, 0038-10-CN, 0039-10-CN, 0040-10-CN y 0041-10-CN.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional, para el periodo de transición, expide la siguiente:

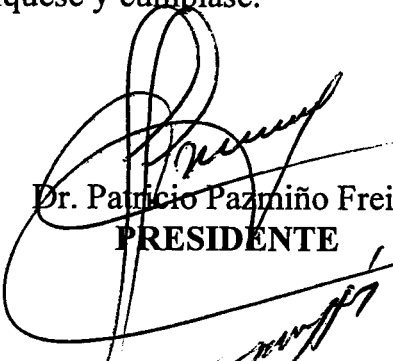
SENTENCIA

1. Declarar la constitucionalidad condicionada del artículo agregado a continuación del artículo 233 del Código Tributario, por el artículo 7 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial N.º 242 del 29 de diciembre del 2007, relativo al afianzamiento en materia tributaria.
2. Declarar, como consecuencia de lo resuelto precedentemente, que la disposición referida será constitucional, hasta que la Asamblea Nacional, en uso de la atribución contemplada en el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República, realice la reforma necesaria, y por tanto, la norma consultada será constitucional, siempre y cuando se aplique e interprete el inciso primero y final del mencionado artículo 7, de la siguiente manera:

“El auto en que el Tribunal acepte al trámite la acción de impugnación de obligaciones tributarias, fijará la caución prevenida en el inciso primero y final de este artículo, y dispondrá que el actor consigne la misma en el Tribunal, dentro del término de quince días, contados a partir de su

notificación. En caso de incumplir con el afianzamiento ordenado, el acto materia de la acción quedará firme y se ordenará el archivo del proceso”.

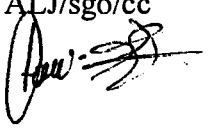
3. Disponer, una vez más, que todos los Tribunales Distritales de lo Fiscal, a partir de la expedición de esta sentencia, apliquen lo resuelto en este fallo respecto a todas aquellas causas que hayan ingresado o ingresen, y cuyo trámite esté pendiente por la rendición de la caución del 10%.
4. Notifíquese al Presidente del Consejo de la Judicatura, a fin de que se disponga a los Tribunales Distritales de lo Fiscal y a la Sala correspondiente de la Corte Nacional de Justicia, que den cumplimiento a esta sentencia constitucional, para cuyo objeto se adjuntará fotocopias certificadas de la misma.
5. Notifíquese, publíquese y cúmplase.


Dr. Patricio Pazmiño Freire
PRESIDENTE


Dr. Arturo Larrea Jijón
SECRETARIO GENERAL

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con ocho votos de los doctores: Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Hernando Morales Vinuesa, Ruth Seni Pinoargote, Nina Pacari Vega, Manuel Viteri Olvera, Diego Pazmiño Holguín y Patricio Pazmiño Freire, sin contar con la presencia del doctor Alfonso Luz Yunes, en sesión ordinaria del día jueves dos de diciembre del dos mil diez. Lo certifico.


Dr. Arturo Larrea Jijón
SECRETARIO GENERAL

ALJ/sgo/cc






CORTE
CONSTITUCIONAL

CAUSA N.º 0056-10-CN

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue suscrita por el doctor Patricio Pazmiño Freire, Presidente, el día jueves dieciséis de diciembre del dos mil diez.- Lo certifico.


Dr. Arturo Larrea Jijón
SECRETARIO GENERAL

ALJ/sgo

 **REPÚBLICA DEL ECUADOR**
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL
IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN



CÉDULA DE CIUDADANÍA **040163883-8**

APELLIDOS Y NOMBRES
**BENAVIDES MARTINEZ
JESSIKA LARISA**

LUGAR DE NACIMIENTO
**CARCHI
TULCAN
TULCAN**

FECHA DE NACIMIENTO **1992-11-08**

NACIONALIDAD **ECUATORIANA**

SEXO **F**

ESTADO CIVIL **Soltera**





INSTRUCCIÓN **BACHILLERATO** PROFESIÓN / OCUPACIÓN **BACH. CC SOCIALES** **V1343V4222**

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
BENAVIDES P MARCELO OSWALDO

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
MARTINEZ ROSALBA JOSEFINA

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
**QUITO
2011-02-02**

FECHA DE EXPIRACIÓN
2021-02-02

 DIRECTOR GENERAL

 JEFE DE CEDULAS





 **REPÚBLICA DEL ECUADOR**
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL 

004 **CERTIFICADO DE VOTACIÓN**
ELECCIONES SECCIONALES 23-FEB-2014

004 - 0019 **0401638838**
NÚMERO DE CERTIFICADO CEDULA
BENAVIDES MARTINEZ JESSIKA LARISA

CARCHI CIRCUNSCRIPCIÓN **0**
PROVINCIA **GONZALEZ SUAREZ**
TULCAN **1**
CANTÓN **ZONA**


1.) PRESIDENTE DE LA JUNTA

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE ABOADOS (TERCERA NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

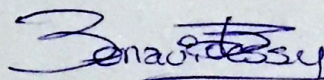
DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Jessika Larisa Benavides Martínez, C.I. 0401638838 autor del trabajo de graduación, intitulado: Análisis Jurídico de la Motivación de la Sentencia N.º 030-SCN-CC dictada por la Corte Constitucional para el periodo de transición que resuelve la consulta de constitucionalidad del Artículo 7 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador., previa a la obtención del grado académico de ABOGADO en la Facultad de JURISPRUDENCIA:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea Integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, 27 de abril de 2015



0401638838